

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
DISTINCTION DU PRÊT
ET DU
LOUAGE DE SERVICES
AVEC L'APPORT EN SOCIÉTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Jeudi 1^{er} Juin 1911, à 2 h. 1/2.

PAR

Gabriel DELACODRE

Président : M. WAHL.

Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, *professeur.*
PERCEROU, *agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1911

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

DISTINCTION DU PRÊT

ET DU

LOUAGE DE SERVICES

AVEC L'APPORT EN SOCIÉTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Jeudi 1^{er} Juin 1911, à 2 h. 1/2.

PAR

Gabriel DELACODRE

Président : M. WAHL.

*Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, professeur.
PERCEROU, agrégé.*

PARIS

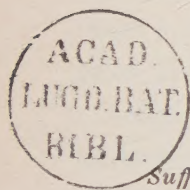
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1911





Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Le capital et le travail, les deux sources principales de la richesse, sont rémunérés de façons fort différentes. Le premier prend la grosse part en se partageant les bénéfices ; le second ne reçoit qu'un simple et quelques fois maigre salaire. Aussi l'antagonisme le plus profond a-t-il de tout temps régné entre ces deux producteurs, représentés dans la pratique par les deux échelons opposés de l'échelle sociale ; le capitaliste et l'ouvrier. L'évolution économique sans cesse grandissante a, de nos jours rendu, le conflit et plus fréquent et aussi plus aigu.

Cette répartition inégale et injuste, semble-t-il, de la richesse entre ces deux facteurs, nous apparaît comme le problème le plus irritant, en même temps que le plus à l'ordre du jour de notre époque. C'est assurément celui qui a déchainé, au siècle dernier, le flot le plus considérable de controverses et de littérature.

Les socialistes trouvent en lui une justification de la lutte à outrance des classes et préconisent sa solution par la suppression du premier au profit du second. Les philanthropes et les esprits modérés, soucieux d'une

justice plus équitable, préconisent de leur côté une répartition plus saine de la richesse, qui améliorerait le sort souvent bien misérable de l'ouvrier.

Parmi les nombreux remèdes proposés à la solution de la question, la participation aux bénéfices est sans contredit celui dont les effets sont les plus heureux, les plus bienfaisants ; c'est celui qui, dans ces dernières années, semble avoir le plus attiré l'attention de nos contemporains, voir même celle du législateur.

« Cette libre convention, expresse ou tacite suivant les cas, par laquelle un patron donne à son ouvrier, en sus du salaire normal, une part dans les bénéfices sans participation aux pertes », suivent la très bonne définition donnée par Charles Robert, cette convention, disons-nous, est le meilleur et le plus infaillible conciliateur de ces deux bras d'un même être : le travail et le capital (1), puisqu'elle les réunit sur le terrain même qui les divise en fait : leur rémunération.

« Nous sommes les principaux facteurs de la production » peuvent dire les contremaîtres, employés, ouvriers, manœuvres, tous les salariés, tous les représentants du travail ; c'est par nous que l'usine marche, prospère ; c'est par nous que l'entreprise peut réaliser des bénéfices. Dès lors l'acquisition d'une part de ces derniers devient pour nous un véritable droit. Le capi-

(1) Charles Robert. Conférence faite au Cercle des Invalides le 13 septembre 1889.

tal de son côté veut s'opposer à ce partage en réclamant la très grosse part des bénéfices, pour se couvrir de tous les risques qui le menacent. Une crise, une faillite, à la merci desquels il se trouve exposé, peuvent le faire disparaître d'un instant à l'autre sans qu'il n'y ait aucun remède. C'est dès lors la ruine, l'anéantissement complet, avec leur triste cortège. L'ouvrier n'a jamais à envisager de pareilles éventualités. La seule chose qu'il ait à craindre ce sont les accidents qui mettent sa vie en danger ou qui ruinent sa santé. Mais que l'usine se ferme, il touchera les salaires qui lui sont dus et ira chercher du travail ailleurs. Ce ne peut être pour un ouvrier laborieux qu'une perte d'une semaine de travail au maximum. N'encourant donc aucune des responsabilités de l'entreprise le travailleur ne saurait exiger une part des bénéfices.

Tout autre serait le cas où il se serait engagé à participer aux pertes dans une certaine mesure ; il pourrait dès lors devenir un véritable associé apportant son travail, ses bras et suivant la bonne ou mauvaise fortune de l'entreprise.

Devant le chiffre considérable des bénéfices que réalisent nos industries modernes, les ouvriers se sont émus et ont voulu, à juste titre, avoir leur part de richesse. Dès l'instant où il participe à la production, l'ouvrier veut participer à tous les avantages produits par son travail.

Une part dans les bénéfices est aujourd'hui universellement reconnue aux directeurs, ingénieurs, des entre-

prises industrielles, en dehors de leurs traitements fixes ; c'est un usage entré dans les mœurs et qui fait pour ainsi dire loi. « Eh bien ! lorsqu'il s'agit d'un personnel d'ouvriers ou d'employés, dont le concours est jugé utile, ce qui est juste et vrai pour l'état-major, l'est aussi pour l'armée tout entière. » Ce que l'on accorde aux uns, pourquoi le refuser aux autres. Aussi beaucoup de maisons, frappées de cette injustice, ont accordé à leurs travailleurs la participation aux bénéfices. Et partout où elle a été établie, les deux parties n'ont jamais eu qu'à se louer de ses bienfaisantes conséquences.

Ce sont tout d'abord de très sérieux avantages matériels. Sans elle le salarié reste absolument indifférent à la prospérité de l'entreprise. Il touche son salaire et vise au minimum de peine, de travail. Intéressé, au contraire, dans les bénéfices, il redoublera d'ardeur, il économisera, il fera mieux parce qu'il sait que chaque effort de sa part sera récompensé par un dividende d'autant plus élevé.

Amélioration aussi du côté de la production, moins de sabotage, parce que « la participation assure aux « industries qui l'ont adoptée, un personnel plus fidèle, « et plus expérimenté, ce qui est incontestablement une « condition de l'intensité et de la qualité de la production » (1).

(1) Beynet. *De l'influence de la participation aux bénéfices sur la production et les grèves*, page 81.

La participation aux bénéfices produit enfin de sérieux effets moraux. Grâce à elle la situation de l'ouvrier peut être améliorée, l'entente du travail et du capital peut s'établir et la question du salariat se résoudre pacifiquement. « C'est un mouvement de l'humanité qui grandit comme le disait Charles Robert. C'est l'union des classes et la preuve de leur solidarité, l'union enfin de tous les collaborateurs d'une même entreprise aux bénéfices qu'elle produit. »

Le patron n'apparaîtra plus dès lors aux yeux de l'ouvrier comme l'ennemi, l'exploiteur. Il sera le coopérateur, le protecteur mettant toutes les ressources de son intelligence à assurer l'aisance de tous, dans une mesure restreinte sans doute, mais cependant appréciable. Désormais la condition de l'ouvrier s'améliorera, son niveau moral s'élèvera, son intelligence se développera et il redoutera la grève tout autant que le patron, car « on ne fait pas grève contre soi-même » (1).

L'influence de la participation aux bénéfices nous apparaît donc comme considérable. « En fortifiant l'harmonie dans l'atelier, en rapprochant l'ouvrier du patron, elle apporte dans la mesure de ses moyens un concours efficace au développement de la paix sociale » (2).

(1) M. Lievesey.

(2) A. Trombert. *Bulletin de la participation aux bénéfices*, tome XXIV, page 35.

Les deux agents de la production, le capitaliste et le travailleur peuvent être rémunérés de façon toute différente. Tout dépendra de la nature de la convention qui les liera à l'entreprise. Ce pourra être une société : ils participeront alors aux gains comme aux pertes, ils auront un rôle actif dans la direction générale de l'affaire. Ce pourra être un louage de services, un prêt : chacun ne recevra plus que son salaire, son intérêt fixe, en dehors de toute intrusion dans l'affaire ; mais en revanche il ne participera point aux pertes.

Tels furent et tels sont toujours les deux principaux modes de rémunération ; modes qui sont loin d'être parfaits puisque la lutte qui les divise est plus aiguë que jamais. C'est pour obvier à tous leurs inconvénients, que la pratique s'est tournée ailleurs et a créé de toutes pièces la participation aux bénéfices. Le capitaliste, l'employé, recevront en plus de leur intérêt ou de leur salaire une part déterminée dans les bénéfices. Dès lors naît une question très intéressante au point de vue juridique : quelle va être la nature de la convention qui comporte une telle clause ? Ne va-t-elle pas changer et le prêt ou le louage devenir une véritable société ? Question très intéressante, car elle est le fondement même de toute la théorie de la participation aux bénéfices, question, disons-nous, qui fera l'objet de la présente étude.

Nous ne dirons rien de la question sous sa forme économique, car elle a été brillamment traitée par

M. Marcel Gastineau dans son étude sur l'état de la participation en France et à l'étranger et par M. Beynet qui étudia plus spécialement les effets, matériels, moraux et sociaux de la participation.

Dans une première partie nous rechercherons quel est le critérium qui doit servir de distinction entre le prêt et la société pour déterminer la nature de la convention qui lie le bailleur de fonds à l'emprunteur, au cas où il a stipulé une part des bénéfices.

Dans une seconde partie nous étudierons la situation de l'employé intéressé et verrons s'il est toujours un employé ou s'il devient un associé, les conséquences que la jurisprudence a tirées de sa manière de voir, les réformes à souhaiter. Nous espérons ainsi apporter notre faible tribut à l'œuvre de paix sociale qu'est la participation aux bénéfices.

PREMIÈRE PARTIE

NATURE JURIDIQUE DE LA CONVENTION
FAITE PAR LE BAILLEUR DE FONDS OU LE PRÊTEUR
PARTICIPANT AUX BÉNÉFICES

CHAPITRE I^{er}

RAPPORTS DU CONTRAT DE PRÊT ET DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

Avant que d'étudier la nature de la convention faite par le bailleur de fonds, au cas où il stipule une part dans les bénéfices, il importe de rappeler brièvement les caractères des deux contrats auxquels elle est susceptible de se rattacher : nous voulons dire le prêt et la société.

Le prêt est, suivant la définition même que nous donne le Code civil « un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité » (1).

Les parties peuvent stipuler que l'emprunteur sera redevable, en outre, vis-à-vis du prêteur, d'un intérêt (2).

La société « est un contrat par lequel plusieurs per-

(1) Code civil, art. 1892.

(2) Code civil, art. 1903.

« sonnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter » (1).

L'article 1855 vient compléter cette définition en réglant la participation aux pertes.

Le contrat de société nous présente donc le grand avantage de laisser entrevoir pour l'avenir des bénéfices plus ou moins importants suivant la bonne ou la mauvaise fortune de l'entreprise.

Le contrat de prêt, quoique battu en brèche, par la loi elle-même, donne l'assurance de gains fixés à forfait. Donc d'un côté nous trouvons des profits incertains, mais pouvant être considérables et la responsabilité des pertes ; de l'autre côté nous trouvons des profits certains, mais toujours fixes et complètement exonérés des pertes.

Aucune analogie ne semblerait donc exister à ce point de vue entre ces deux contrats ; le côté avantageux chez l'un devenant chez l'autre le côté défavorable. Telle est du moins la manière d'exister des deux conventions sous leur forme ordinaire.

Toutefois il arrive que les parties leur font subir de telles modifications qu'elles semblent devoir se confondre en une sorte de contrat mixte, fort embarrassant pour l'interprète ou le juge chargé d'en déterminer la nature exacte.

(1) Code civil, art. 1832.

Elles peuvent faire les deux conventions de prêt et de société de la même façon. Le bailleur de fonds peut les remettre sans remplir aucune formalité ; le contrat existera valablement, seule la question de preuve sera quelquefois impossible. Nous savons, en effet, que le prêt et la société en participation ne sont soumis à aucune forme spéciale.

D'autres fois, elles emploieront les mêmes expressions ou des termes à double entente pour conclure à l'un ou à l'autre des deux contrats.

Ainsi le prêteur ou plutôt le bailleur de fonds, en sens général, stipule, soit au lieu et place d'un intérêt fixe, soit en plus et comme complément de cet intérêt, une part de tant pour cent à percevoir à son profit sur les bénéfices que réalisera l'entreprise. Une telle stipulation attribuant au prêt une clause qui est de l'essence même de la société, a-t-elle fait du dit bailleur un prêteur ou bien un associé ?

La pratique nous offre de nombreux exemples de ces sortes d'actes réunissant les éléments de chacun de ces deux contrats. Les parties cherchent ainsi à se réserver les avantages de l'un et de l'autre, afin de pouvoir prendre, suivant les circonstances, la qualité de prêteur ou d'associé. Au cas où l'entreprise aura réussi et réalisé de nombreux bénéfices, le bailleur de fonds se dira associé, afin de toucher le tant pour cent distribué aux associés et bien supérieur à l'intérêt fixe auquel il aurait à prétendre comme simple prêteur. Bien, au contraire,

au cas où le compte se solderait par une perte, il se dirait prêteur pour réclamer l'intérêt fixe et certain de son argent, ou tout au moins pour concourir avec les autres créanciers sur ce qui resterait de l'actif social.

La jurisprudence témoigne de la fréquence de ces sortes de conventions qui régissent de très légitimes intérêts. On les trouve quelquefois dans les entreprises industrielles ou commerciales. Mais ici elles se sont peu développées, parce qu'elles ont à lutter avec les actions et les obligations.

Elles sont nombreuses, au contraire, dans les prêts faits de particulier à particulier. Le bailleur de fonds ne se contente plus d'un intérêt fixe. Du moment où son capital doit coopérer à la production totale, à la cumulation des bénéfices, il entend réclamer sa part de cette prospérité. Il stipulera donc une part dans les bénéfices.

Du reste, comme nous l'indique M. Ripert, auquel nous empruntons ces considérations, si le bailleur de fonds trouve cette convention avantageuse il en est de même l'emprunteur qui, le jour où l'entreprise déclinera, aura des charges d'autant moins lourdes. Quant aux sommes qu'il doit verser en temps de prospérité, elles seront prises exclusivement sur les bénéfices ; d'où avantage considérable. Une telle convention est donc de l'intérêt de toutes les parties (1).

(1) Georges Ripert. *Annales de droit commercial*, 1903, p. 53.

Cette convention, à cheval sur deux principes, ne saurait être admise en droit. L'intérêt des tiers, l'ordre public s'opposent à l'existence ainsi incertaine d'un tel contrat. Ce déguisement, cette simulation voulue par les parties, rendront très difficile la tâche du juge obligé de déterminer la nature propre de cette convention et d'en déduire tous les effets. Quelle ligne de conduite suivre dans ce dédale de stipulations différentes ? A quel critérium de distinction obéir ? Telle est la question que nous allons aborder. Mais tout auparavant, pour bien l'éclairer, il est nécessaire de bien déterminer les caractères de chacun des deux contrats, tels que nous les indique le Code civil. Nous établirons l'intérêt de la distinction et étudierons les diverses solutions données tant par les auteurs que par la jurisprudence. Nous essaierons enfin de nous rattacher à celui des critères qui nous semblera résoudre au mieux la question.

CHAPITRE II

INTÉRÊT DE LA DISTINCTION DU PRÊT ET DE LA SOCIÉTÉ.

Il y a un très grand intérêt à différents points de vue à établir la distinction entre le contrat de prêt et le contrat de société.

Nous en avons étudié un au début du chapitre précédent lorsque nous avons dit que le prêteur touchait un intérêt fixe et obtenait le remboursement de son capital tandis que l'associé avait une part des bénéfices mais était responsable des pertes.

Le prêteur ne peut exiger de l'emprunteur que le seul intérêt désigné par la convention. Mais cet intérêt, toujours le même, doit lui être servi alors que la société n'aurait réalisé aucun profit. Il y a toujours droit. De plus dans un temps déterminé il a droit au remboursement de son capital. Il est vrai qu'au cas où la société ferait de mauvaises affaires, il pourrait perdre ce capital dans la déroute générale. Mais c'est une éventualité qui n'est pas à envisager, car les différents associés sont responsables de toutes les pertes. Bien plus aléatoire est la situation de l'associé.

Celui-ci, en effet, a droit au partage des bénéfices ; avantage énorme, car ils peuvent être considérables. Mais il est en même temps responsable des pertes. Il les supporte d'après une quotité variable, il est vrai, mais il ne peut s'en affranchir (art. 1855, Code civil). Son apport social est donc absolument dépendant du sort de l'entreprise. Pour un bénéfice plus élevé, il risque de tout perdre (1).

Le prêteur est un créancier ordinaire qui au cas de déclaration de faillite pourra produire pour le montant de sa créance et de ses accessoires. Il concourra ainsi avec les autres créanciers sur ce qui restera de l'actif social.

L'associé est, à ce point de vue, encore bien moins partagé. Primé par les créanciers quels qu'ils soient, il ne pourra prétendre à une part quelconque de l'actif que lorsque tous ces créanciers auront été payés de leur dû. Dès lors il se pourra qu'il n'y ait rien, voir même un déficit. Dans ce dernier cas, les associés peuvent même se trouver tenus du passif.

Notre distinction a encore de l'importance au point de vue fiscal. Il est dû pour le prêt un droit d'obligation de 1 pour 100. Au cas de société le droit perçu n'est plus du tout le même. Il a varié à maintes reprises.

Sous la loi du 22 frimaire an VII (art. 68) « les
« actes de société qui ne portent ni obligation, ni libé-

(1) Code de commerce (art. 22, 26, 33).

« ration, ni transmission de biens meubles ou immeu-
« bles entre les associés ou autres personnes et les
« actes de dissolution de société qui sont dans le même
« cas, sont soumis au droit fixe de 3 francs ».

La loi du 28 avril 1816 porta ce droit à 5 francs. Ce même droit de fixe fut remplacé par la loi du 28 février 1872, article 1^{er}, par un droit gradué (1).

Enfin la loi du 28 avril 1893, article 19, a soumis les apports en société au droit de 20 centimes pour 100. Par suite l'emprunteur qui aura stipulé que le prêteur ne participera ni aux risques, ni aux bénéfices, ne sera redevable que du droit d'obligation de 1 pour 100. Le droit ne sera prélevé sur le prêteur qu'au cas d'insolvabilité de l'emprunteur. De nombreux arrêts de jurisprudence le justifient.

L'intérêt de la distinction se présente encore au sujet du délit d'usure.

Sous le régime de la loi du 3 septembre 1807 l'intérêt conventionnel, le seul qui nous occupe ici, ne pouvait être que de 5 pour 100 en matière civile, 6 pour 100 en matière commerciale.

Un bailleur de fonds stipule l'intérêt des sommes

(1) Le taux du droit établi est fixé à : 5 francs pour les sommes ou valeurs de 5,000 francs et au-dessous ; à 10 francs pour les sommes ou valeurs supérieures à 5,000 francs mais n'excédant pas 10,000 fr. ; à 20 francs pour les sommes ou valeurs supérieures à 10,000 francs mais n'excédant pas 20,000 francs. Et ensuite à raison de 20 francs par chaque somme ou valeur de 20,000 francs ou fraction de 20,000 francs.

qu'il donne à une société commerciale, par exemple, au taux maximum prévu par la loi. Il stipule, en outre, une part dans les bénéfices que réalisera la société. Que va-t-on voir dans ce contrat ? Est-ce un prêt ou une société ? L'existence du délit d'usure dépendra de la solution que l'on donnera.

Si, en effet, l'on y voit un prêt, et c'est ce que fait la Cour de cassation en divers arrêts fortement motivés, la part de bénéfices, si petite fut-elle, dépassera nécessairement le taux de l'intérêt déjà stipulé au maximum permis (1). D'où prêt usuraire.

La solution à donner en matière civile serait la même.

Une telle jurisprudence ne saurait recevoir son application depuis la loi du 11 janvier 1886 qui a établi la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale. Dès lors le bailleur de fonds peut faire toutes stipulations sans jamais craindre d'encourir le délit d'usure. Néanmoins certains arrêts ont reconnu l'usure même en ce cas (2).

Enfin la loi du 7 avril 1900 a réduit le taux de l'intérêt légal à 5 pour 100 en matière commerciale et à 4 pour 100 en matière civile. La liberté de l'intérêt conventionnel en matière commerciale a été maintenue.

Mais que décider dans le cas où le bailleur n'aurait

(1) Cass., 17 avril 1837 (S. 37, 1, 275) ; 16 juin 1863 (S. 63, 1, 334).

(2) D. 88, 1, 430 ; D. 94, 2, 337.

point stipulé un intérêt fixe, mais simplement une part de tout sur les bénéfices ? Devra-t-on conserver la limitation établie par la loi et déclarer l'usure toutes les fois que la part de bénéfices donnerait un intérêt supérieur. Non le délit d'usure doit en ce cas être écarté. La participation aux bénéfices est de sa nature aléatoire. Beaucoup de facteurs entrent en jeu pour déterminer les dits bénéfices. Ceux-ci souvent péniblement amassés peuvent disparaître et même faire place à de fortes pertes par suite de circonstances imprévues. Et alors même que pendant plusieurs années consécutives le bailleur de fonds aurait reçu de forts intérêts dépassant le taux voulu, cette seule circonstance ne saurait suffire pour faire déclarer la stipulation usuraire (1). Le surplus de l'intérêt légal est, en ce cas là, considéré comme la compensation des risques que court le bailleur de fonds. Donc à quelque taux que puisse s'élever la part de bénéfices, le bailleur de fonds, commerçant ou non, ne saurait commettre un délit d'usure. La jurisprudence le reconnaît ainsi (2).

Il est encore intéressant de marquer la différence entre les deux contrats au point de vue de la forme. En matière commerciale les sociétés sont soumises à certaines règles étroites, déterminées par la loi de 1867, du moins pour certaines d'entre elles. Le prêt s'établit lui en de-

(1) Lyon-Caen et Renault. Tome II, page 48.

(2) Cass., 6 décembre 1886. D. 87, 1, 312 ; S. 87, 1, 419.

hors de toute formalité. Mais, objecte-t-on, c'est de la société en participation que le prêt se rapproche le plus, et dans ce cas la question de la forme ne saurait se poser, la même pouvant servir pour les deux contrats. C'est justement là où se trouve l'intérêt de la distinction. Le juge, et ce sera sa première préoccupation, le juge devra s'inspirer des règles juridiques qui régissent le prêt et la société pour déterminer auquel de ces deux contrats doit s'appliquer la convention. Souvent aussi les parties auront dissimulé leur but sous le couvert de conventions embrouillées pour échapper à certaines incapacités. Il faudra dès lors restituer au contrat son véritable caractère.

Tel est le cas pour un officier ministériel voulant entrer dans une société : il stipulerait un prêt.

A ce point de vue il importe d'insister sur la capacité des parties. Pour entrer dans une société il faut pouvoir s'obliger (1). L'associé, s'engageant à payer les dettes de la société, ne doit pas avoir seulement la capacité d'administrer son patrimoine. Or le mineur non émancipé et l'interdit judiciaire n'ont même pas cette dernière capacité. Et de plus leur tuteur ne peut même pas les habiliter, car lui-même il n'a que le pouvoir d'administrer. Il faudra donc et l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. A l'aide de ces autorisations le mineur sera pleinement

(1) S. 43, 1, 644.

capable (1). Il en est de même pour le mineur émancipé.

En matière de prêt, au contraire, les risques à courir sont moins considérables. Aussi la loi se montre-t-elle moins sévère en n'exigeant que l'autorisation au tuteur.

La distinction que nous cherchons à établir a aussi de l'importance relativement à la compétence des tribunaux au cas de difficultés. Les mêmes ne seront pas compétents dans les deux cas. Si la convention est simplement un prêt, le tribunal civil sera seul et toujours compétent, attendu que l'on se trouve en présence d'un acte purement civil. Si l'on décide, au contraire qu'il y a société, le tribunal de commerce pourra être compétent (2). Tel est aussi le cas du prêt voilant une société léonine ou inversement de la société voilant un prêt usuraire (3).

Enfin les causes de dissolution des deux contrats ne sont pas les mêmes.

Il y a donc un intérêt considérable à définir exactement la nature juridique de notre convention. Mais à quel critère obéir ? La jurisprudence s'est longtemps montrée hésitante. Au milieu de ce dédale de clauses d'essences différentes, elle n'a pas su trouver de principe directeur unique. Il en est résulté des erre-

(1) S. 1904, 4, 8.

(2) Voir infra, page 53.

(3) Ripert. *Annales de droit commercial*, pages 56 et 57.

ments inévitables. Ne sachant quel parti prendre, elle s'est dans la plupart des cas, abstenue d'intervenir, et a reconnu la souveraineté des juges du fond. Elle n'agissait que, lorsque la convention lui semblait dénaturée, par la fausse interprétation des premiers juges ; il est vrai que la question se présentait toujours sous des formes nouvelles, produit de l'esprit inventif des parties. Sa validité ne pouvait cependant pas être mise en doute, malgré toutes ces transformations qui ne la dénaturaient pas. Aussi la Cour de cassation a-t-elle pu donner les solutions les plus diverses. Nous en arrivons ainsi à l'étude des principes auxquels elle s'est successivement attachés, souvent à la suite de la doctrine.

CHAPITRE III

RECHERCHE D'UN CRITÉRIUM.

Avant d'étudier les différents critères qui ont été proposés pour distinguer le prêt de la société, il n'est pas inutile de bien préciser les éléments essentiels de ces deux contrats, de les bien définir. C'est pour les avoir quelquefois méconnus que certains arrêts sont erronnés ; c'est par eux que nous établirons notre critérium.

La définition de la société, telle que nous la présente l'article 1832 du Code civil (1) s'applique tout aussi bien aux sociétés civiles qu'aux sociétés commerciales, celles-là formant la base de la législation commerciale (art. 1873, Code civil ; art. 18, Code de commerce). Toutefois, à première vue, cette définition ne semble pas complète. Le législateur a, semble-t-il, oublié la participation aux pertes, qui est le corollaire indispensable de la participation aux bénéfices. Il a reproduit fidèlement la définition donnée par Pothier.

(1) Voir *supra*, page 1.

Les orateurs du Tribunal trouvaient inutiles, eux aussi, de mentionner les pertes. Aussi, une controverse s'est-elle élevée chez les auteurs modernes, les uns critiquant, les autres approuvant cette définition. Selon nous, c'est un débat inutile, car il n'y a qu'à se rapporter aux articles 1853, qui décide que la part des associés dans les bénéfices et les pertes est fixée proportionnellement à leurs apports, et 1855 qui fait de la participation aux pertes un élément essentiel du contrat de société. Beaucoup d'arrêts de jurisprudence ont eu, du reste, l'occasion de spécifier bien nettement ces différents caractères (1).

Nous pouvons en conclure qu'il est de l'essence de tout contrat de société tant civile que commerciale, qu'il y ait tout d'abord une chose mise en commun : un immeuble ou bien quelconque, une industrie, des capitaux, etc. La propriété de cette chose doit passer de la main de chaque associé dans celle de la personne morale de la société ; si elle vient à périr, la perte doit en être supportée par la société tout entière.

Est ensuite nécessaire, la participation de tous les

(1) Cass., 20 avril 1842 (S. 42, 1, 728). « Attendu qu'aux termes des articles 1832 et 1833 du Code civil, il est de l'essence de tout contrat de société civile ou commerciale : 1^o qu'il y ait une chose mise en commun ; 2^o qu'il y ait participation des associés aux bénéfices et aux pertes ; 3^o qu'il y ait *affectio societatis*, c'est-à-dire intention de former un contrat de société ; 4^o enfin que la société ne puisse être dissoute que de la volonté de tous ceux qui l'ont formée. » (Cass., 20 décembre 1893, S. 94, 1, 484).

associés aux bénéfices comme aux pertes, sinon dans des proportions fixées avec une égalité absolue, du moins de manière à éviter que tous les profits soient pour l'un, qu'un autre supporte toutes les pertes.

Les parties doivent enfin avoir formellement l'intention de former une société.

Toute convention, prétendant être un contrat de société, devra donc contenir toutes ces clauses sous peine d'être inexistante en droit. Ce sont des règles d'ordre public auxquelles les parties ne sauraient devoir se soustraire. Si l'une d'elles fait défaut, il pourra y avoir : vente, mandat, communauté, prêt, etc., mais jamais société. C'est cette idée qui nous servira de base pour établir notre critérium de distinction entre le prêteur et l'associé.

Le Code civil et le Code de commerce nous indiquent différentes sortes de sociétés.

Pour le point de vue spécial qui nous occupe nous n'aurons guère à considérer qu'une espèce de société, toujours la même en matière commerciale (1). Les sociétés commerciales sont, en effet, soumises à des règles de publicité spéciales qui ne laissent jamais de doute sur leur véritable nature. Pour celles-ci il n'y aura jamais de difficultés. Ces dernières naîtront, au contraire, lorsque l'on se trouvera en face d'une société en participation. Celle-ci, appelée par le code associa-

(1) Code de commerce, art. 19.

tion ou participation, n'est pas soumise aux formalités nécessitées pour les autres. Elle est occulte ; elle peut être formée par la seule volonté des parties ; il n'y aura de difficultés que pour en faire la preuve dans la suite (1). Notre comparaison pourra donc s'établir surtout pour elle et la société civile. Néanmoins des difficultés sont nées aussi relativement à la commandite. Plusieurs décisions de jurisprudence attestent que les parties ont qualifié de prêt de véritables commandites (2).

Le bailleur de fonds, dénomination qui peut s'appliquer indifféremment au prêteur et à l'associé, qui donne un capital soit à un individu, soit à une société, à charge par ceux-ci de lui verser ou l'intérêt de son argent et une part de bénéfices ou seulement une part de bénéfices, ce bailleur de fonds est-il un prêteur ou un associé ? Nous revenons ainsi à la thèse que nous nous sommes posée au début de cette première partie, et qu'il importe maintenant de solutionner.

Les prémisses étant ainsi énoncées, voyons les différents critères que les auteurs et la jurisprudence ont proposés.

(1) Code de commerce, art. 47 et suiv.

(2) 31 juillet 1902, D. 1903, 2, 425.

CHAPITRE IV

PREMIER CRITÉRIUM.

La participation aux bénéfices est de l'essence même de la société, disent les partisans d'un premier critérium ; donc si un bailleur de fonds « avance de l'argent « à un marchand et stipule qu'indépendamment de l'intérêt de l'argent avancé il profitera d'une part déterminée « dans les bénéfices, le contrat est valable comme société ; car il y a association, les bénéfices du prêteur « étant casuels et dépendant des chances commerciales » (1). Toutes les conséquences qui dérivent de ce contrat sont dès lors applicables. Puis à propos d'un arrêt de la cour de Liège du 9 juillet 1821 qui s'était prononcé en pareil cas en faveur du prêt, se basant sur l'intention des parties de former un prêt, Malepeyre et Jourdain critiquant l'arrêt, ajoutent : « dès qu'il y a « participation aux bénéfices, il y a société ; peu importe que les contractants aient eu l'intention vraie « ou simulée de ne faire qu'un simple prêt. On ne peut

(1) Malepeyre et Jourdain. *Sociétés commerciales*, page 49.

« pas, sous prétexte d'expliquer l'intention des parties, « si souvent douteuses, dénaturer un contrat ».

D'après un autre auteur, cette participation doit « certainement faire attribuer au contrat le caractère « d'une société. Le prêteur cherche à obtenir l'intérêt « de son argent, l'associé une part des bénéfices de la « société dans laquelle il veut entrer » (1).

A diverses reprises des jugements de tribunaux de commerce sont venus corroborer cette opinion en déclarant en pareil cas l'existence d'une société (2).

Ainsi la seule clause de participation aux bénéfices serait suffisante pour que la convention soit une société.

Néanmoins nous ne saurions admettre cette opinion. Elle est contraire aux règles essentielles sans lesquelles le contrat de société ne saurait exister. L'on ne peut conclure du simple fait de la participation aux bénéfices, caractère essentiel, il est vrai de la société, qu'il y a contrat de société, si les autres caractères de ce contrat font défaut. Or au cas présent nous n'avons point de fonds commun, point de participation aux pertes, donc point de société. Pareille chose arrive pour la rémunération d'un commis. Si, outre ses appointe-

(1) Guillouard. *Traité des sociétés*, page 23.

(2) Trib. com. Seine, 20 sept. 1866 : *Journ. trib. com.*, 1867, page 28 ; trib. com. Seine, 7 août 1867 : *Journ. trib. com.*, 1868, page 182 ; trib. com. Marseille, 31 août 1880 : *Journal de Marseille*, 1880, page 284.

ments fixes, il a une part dans les bénéfices de l'entreprise, l'on ne peut induire de là qu'il devient un associé. Il reste toujours un employé rémunéré d'une façon spéciale, mais ne changeant point sa condition de salarié. C'est du reste la thèse de notre seconde partie.

Un arrêt de cassation du 8 janvier 1872 vient confirmer cette réfutation d'une d'une façon très nette (1)
« attendu que si la participation aux bénéfices éventuels
« d'une entreprise est de l'essence de la société, en ce
« sens que, sans cette participation il n'y a pas de
« société possible, il ne résulte nullement de là que
« toute convention par laquelle l'un des contractants
« s'engage à fournir un capital pour l'exploitation d'un
« commerce ou d'une industrie, constitue nécessaire-
« ment et quelle qu'ait été l'intention des parties, une
« société en commandite, dès qu'elle contient, au
« profit du bailleur de fonds, la stipulation d'une part
« dans les bénéfices à réaliser ; — attendu que le con-
« trat de société exige, comme conditions essentielles
« de sa formation l'intention des parties de s'associer,
« une chose mise en commun, et la participation aux
« bénéfices et aux parts de l'entreprise — attendu que
« l'arrêt attaqué constate que les capitaux versés n'ont
« pas été mis en commun, qu'ils ne sont que des prêts
« remboursables à époque fixe, qu'il n'y a aucune par-
« ticipation aux pertes — que dès lors l'arrêt attaqué a

(1) Cassation, 8 janvier 1872, S. 72, I, 36.

« souverainement apprécié la convention en lui donnant la qualification de prêt ».

Un autre arrêt du 16 juin 1863 était rendu dans le même sens (1). « Attendu que l'arrêt attaqué a constaté que C..... fournissait une somme de 30,000 francs destinée à l'achat d'un fonds de boucherie à exploiter par L..... que cette somme devait lui être restituée à époque fixe, avec intérêt à 6 pour 100 par an ; que C..... qui ne fournissait autre chose que son capital, n'était associé, ni quant aux bénéfices, ni quant aux pertes, dans les chances de l'exploitation, mais qu'il lui était promis et garanti, quoiqu'il arrivât, une prime fixe de 6,000 francs en sus de l'intérêt de son argent — qu'en concluant de ces constatations de fait que C..... n'avait pas été un associé, mais un prêteur. »

Enfin un arrêt plus récent de 1903 reconnaît que « la stipulation d'un partage des bénéfices espérés n'implique pas nécessairement que le bailleur de fonds devint un associé » (2).

L'on avait même soutenu que si la part des bénéfices était fort élevée, le juge devait nécessairement conclure à une société, car en assignant au bailleur un avantage si supérieur, les parties avaient certainement eu l'intention de former une société. Mais quelque importante

(1) Cass., 16 juin 1863, S. 63, I, 334.

(2) D. 1903, I, 344.

que soit cette part de bénéfices, elle ne pourra jamais à elle seule suffire pour transformer un prêt en société. Les autres éléments essentiels du contrat de société feront toujours défaut.

La seule participation du bailleur de fonds aux bénéfices n'implique donc point l'existence d'un contrat de société. En admettant ce premier critérium l'on en viendrait fatalement à admettre l'existence d'une société entre deux personnes non seulement sans qu'elles aient voulu l'établir, mais même quelquefois contre leur propre volonté. Dans ce cas là, en effet, il leur suffirait d'arguer l'existence du prêt ou de la société suivant les résultats mauvais ou bons de l'entreprise. La partie qui obtiendrait gain de cause imposerait à l'autre un contrat qu'elle n'aurait point voulu faire. Et de plus cette faculté que veulent se reconnaître les parties d'admettre un contrat plutôt que l'autre n'est-elle pas en faveur de notre réfutation ? Il semble bien en résulter que la clause de participation aux profits ne soit pas exclusive du contrat de prêt.

Non, il est faux d'admettre que la clause de participation aux bénéfices fasse d'une convention une société. Rien ne s'oppose au contraire à ce que ce soit un prêt ; bien souvent même tout porte à croire qu'il en est ainsi. Les nombreux arrêts que nous avons cités en sont une preuve convainquante. Le prêt, en effet, consiste uniquement à verser un capital à condition qu'il soit restitué. Quant à l'intérêt, qui peut ne pas exister, rien

indique quelle doit être sa nature. Les parties ont à cet égard toute liberté. Ce peut être une rémunération fixe de tant pour cent, ce peut être tout aussi bien une part aléatoire des profits que réalisera ce capital, ce peut être aussi des prestations mobilières, des denrées, etc. Dans un cas comme dans l'autre le contrat de prêt sera valable ; le mode de rapport seul changera.

Cependant la Cour de cassation avait admis une théorie toute opposée dans un arrêt du 28 mai 1896. Elle était alors dans l'expectative, ne sachant à quel critérium se rattacher pour délimiter les deux contrats (1). Le bailleur de fonds avait stipulé un intérêt de 5 pour 100 plus une prime sur les ventes. Le pourvoi soutenait qu'il ne s'agissait pas d'une société, mais bien d'un prêt. La Cour de cassation l'a rejeté en disant « qu'on ne saurait considérer ce second avantage
« comme ayant formé par addition à 5 pour 100 d'in-
« térêts stipulés dans l'acte, la rémunération d'avances
« d'argent, dont le loyer, quoique affranchi de toutes
« limites de taux, en matière de commerce par la loi
« du 12 janvier 1886 ne peut consister en d'autres pres-
« tations que celle d'un tant pour cent du capital prêté ». S'il est vrai que le bailleur de fonds ne peut rien stipuler en plus de l'intérêt fixe lorsque le taux de celui-ci est limité ; toutes stipulations lui restent au contraire

(1) Cass., 18 mai 1896, D. 97, I, 249.

permises lorsque cette limitation n'existe plus. C'était le cas ici puisque nous sommes en matière commerciale régie par la loi de 1886. La thèse admise par la Cour de cassation est donc fausse et inadmissible ; c'était aller à l'encontre de la jurisprudence, de la doctrine et de tous les principes juridiques. Cet arrêt, du reste, fut le seul du genre.

Donc la clause d'une participation aux bénéfices peut s'appliquer tout aussi bien au prêt qu'à la société. Le critérium distinctif des deux contrats doit être cherché ailleurs.

Mais d'autre part ne pourrait-on pas admettre la thèse opposée, nous dit M. Ripert ? Est-ce que la clause d'intérêts fixes n'est pas de l'essence même du prêt et partant exclusive de la société ? Le bailleur de fonds qui donne ses capitaux à un intérêt déterminé n'est-il pas nécessairement un prêteur ou ne peut-il pas être aussi un associé ? Telle est la question à résoudre. Il est vrai, à première vue, que cette clause laisse entrevoir le contrat de prêt sous sa forme ordinaire. C'était la théorie de la Cour de cassation, dans son arrêt du 20 avril 1842 (1). Les bénéfices, en l'espèce les produits d'un théâtre, au lieu d'être répartis entre les associés au prorata de leurs mises, devaient être employés d'abord à acquitter l'intérêt à 5 pour 100 de ces mises, ensuite à rembourser, s'il y a lieu, le capital versé par chacun

(1) 28 avril 1842 (S. 42, 1, 728).

des actionnaires. Et la Cour conclut à l'existence d'un prêt et non d'une société.

Toutefois, une pareille théorie ne devait point se maintenir. Les bailleurs de fonds se sont peu à peu habitués à stipuler, même et surtout en cas de société, un intérêt fixe en outre de leur part dans les bénéfices. Ils s'assuraient ainsi un revenu toujours certain et par là même le remboursement échelonné de leurs apports. Aujourd'hui cette stipulation, que la pratique est « convenue d'appeler, une clause statutaire d'intérêts fixes », est devenue très fréquente. Nous la rencontrons surtout dans les sociétés par actions et dans les commandites, sociétés qui sont toujours formées pour une très longue période. Beaucoup de sociétés en participation nous en offrent aussi de nombreux exemples. Dès lors il n'est plus admissible que la stipulation d'un intérêt fixe fasse présumer l'existence d'un prêt (1). Mais comment est-on arrivé à un tel résultat, et quelle est la valeur juridique de cette convention ? questions très intéressantes dont il importe de dire un mot.

Dans une note au Sirey, Beudant nous indique l'origine de cette convention (2). Un bailleur de fonds à une entreprise, cherche avant tout à faire un placement, en espérant cependant une part dans les bénéfices. Les petits capitalistes, et ils sont nombreux aujourd'hui,

(1) Cass., 3 décembre 1887 (S. 90, 1, 467) ; Trib. com. Seine, 4 août 1886 ; *Journal Trib. com.* 88, 42.

(2) D. 1867, 1, 193, note Beudant.

hésitent à placer leur argent dans une société, sur l'avenir de laquelle ils ne sont point sûrs. D'autre part, ils ont un besoin quotidien de leurs avances. Ils refuseront donc de placer leur argent dans ces conditions qui, un jour, pourront leur donner de gros bénéfices, mais pendant plusieurs années seront absolument improductives. Ces circonstances se produisent très souvent. Ainsi, une entreprise de chemins de fer, par exemple, restera peut-être de longues années avant de pouvoir fournir un dividende. Une société peut avoir des déboires à sa formation, déboires qui anéantiront les profits, déboires qui mettront peut-être le capital social en péril. Le capitaliste leur préférera donc un placement plus sûr, lui assurant un intérêt moins élevé, mais payable dès la première année.

C'est pour toutes ces raisons que les industriels, qui ont besoin de capitaux énormes, ont dû recourir à de certaines combinaisons. L'esprit inventif des praticiens imagina alors de donner à tout associé un intérêt fixe en toutes circonstances et de l'admettre au partage des bénéfices dans la mesure de ses apports. De cette façon le capitaliste, assuré de toucher chaque année un revenu déterminé, et il a l'espoir un jour venant de participer aux bénéfices, n'hésitera plus à donner son argent. Aujourd'hui bon nombre de sociétés ont admis cette clause statutaire.

Or, cette combinaison n'a-t-elle rien de contraire aux principes juridiques ?

L'associé n'a droit en principe qu'aux partage des bénéfices, unique but dans lequel il s'est associé. Mais ce partage peut se faire soit au prorata des mises, purement et simplement, soit voilé sous le nom d'intérêts fixes avec partage pour le restant des bénéfices. Peu importe la forme, la chose est toujours la même ; il n'y a qu'une satisfaction donnée au bailleur de fonds. Tout se passera donc normalement selon le jeu des principes lorsque l'entreprise fera honneur à ses affaires. Mais que les affaires périssent ; que la société soit en pertes, que va-t-il advenir ? Les associés n'ont plus alors aucun droit et l'actif social devient le gage de tous les créanciers (1). La stipulation d'un intérêt n'a plus aucune raison d'être puisqu'il n'y a plus de fonds pour fournir cet intérêt.

Néanmoins nous voyons souvent les parties stipuler un intérêt fixe avec la clause que le dit intérêt sera toujours payé, même lorsque les bénéfices feront complètement défaut. Une telle clause est-elle valable ? L'on a soutenu l'impossibilité (2). Le prêteur reste propriétaire de ses capitaux, dont l'intérêt est le loyer. L'associé perd la propriété de ses apports qui passe à la société ; il n'aura droit qu'à une part de bénéfices au cas où il y en aura. Dès lors, dit-on, attribuer à l'associé un intérêt fixe dans tous les cas, ce serait obliger la société à payer le loyer

(1) D. 73, 2, 34 ; D. 92, 2, 33.

(2) D. 4867, 4, 493.

des sommes qui sont sa propriété, ce qui n'est pas admissible. Cet intérêt fixe devrait être forcément pris sur le capital social : d'où intérêts fictifs et sujets à répétition. L'on a conclu à la nullité d'une telle clause. Certains arrêts ont même confirmé cette solution (1).

Néanmoins la jurisprudence est vite revenue sur sa théorie première pour admettre la validité de cette clause qui aujourd'hui ne fait plus aucun doute. Le bailleur de fond est bien libre, en effet, de faire un apport soumis à une condition de restitution de tant par an. Là est la principale et seule raison vraiment plausible en faveur de cette validité. Une controverse cependant semblait diviser la doctrine et la jurisprudence au sujet de la validité de cette convention. Alors que les auteurs admettent tous, que le paiement de ces intérêts constitue, non une charge sociale, mais une réduction du capital, sujet à la publicité ordonnée par la loi de 1867 ; un arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 1867 (2) avait jugé le contraire en disant que « la clause de prélèvement d'intérêt dont il s'agit dans la cause a pu être légitimement considérée, non comme un élément de diminution éventuelle du montant du capital, mais bien comme une des charges sociales dont la loi n'exige pas la mention dans l'extrait ».

Notre maître M. Wahl dans une note très judicieuse

(1) D. 1816, 4, 342 ; D. 1861, 4, 425 ; D. 1864, 3, 458.

(2) Cass. 8 mai 1867, D. 1867, 4, 253.

au Sirey (1) nous montre très clairement comment l'arrêt de 1867 a été faussement interprété, et comment la jurisprudence loin de contredire la théorie des auteurs, en est la plus complète justification.

Dès lors il n'est plus admissible que la stipulation d'un intérêt fixe laisse présumer l'existence nécessaire d'un contrat de prêt, puisqu'elle est tout aussi licite et très souvent reconnue dans le contrat de société.

La stipulation d'un intérêt fixe, pas plus que la clause de participation aux bénéfices ne pourra nous servir de base pour établir la nature juridique de notre convention.

(1) S. 1901, 4, 513, note Wahl. Dans son arrêt du 7 novembre 1899, la Cour de cassation confirme « qu'en aucun cas les intérêt ainsi prélevés ne peuvent être considérés autrement que comme une diminution du capital social, une distribution de dividendes fictifs ». Sa jurisprudence ne fait donc plus aucun doute.

CHAPITRE V

DEUXIÈME CRITÉRIUM.

Un second critérium tend à ne considérer que la qualification donnée à l'acte par les parties. Ont-elles conféré à leur convention le nom de prêt ; il est absolument certain que l'on se trouve en présence de ce contrat et que l'on ne saurait y voir une société. Les parties étaient libres de se lier comme elle l'entendaient. Elles pouvaient tout aussi bien faire une société qu'un prêt ; si elles ont choisi l'un plutôt que l'autre, c'est en toute connaissance de cause, dit-on.

Un arrêt de la Cour de Caen du 27 décembre 1864 est venu confirmer cette théorie (1). L'on doit considérer comme un associé commanditaire celui qui, dans les conventions sociales, a pris le titre de commanditaire et stipulé les clauses, qui sont de l'essence de la société.

Nous lisons, en effet dans l'arrêt : « que dans l'article 11 du contrat intervenu entre les parties, il est

(1) D. 66, 2, 46.

« dit que F... et P... auront la faculté de prendre communication de tous les registres, écritures, journaux, correspondances, de s'en faire délivrer tels extraits que bon leur semblera ; qu'une pareille stipulation prouve qu'ils entendaient être des associés commanditaires..... Considérant enfin que dans le nouvel acte passé le 15 mai 1855 F... et P... interviennent encore comme associés commanditaires ; que leur présence et leur signature à cet acte de dissolution est une nouvelle preuve de leur véritable qualité, de celle qu'ils avaient voulu avoir, que, malgré l'acte de société, d'après lequel ils devaient rester étrangers aux pertes, ils ne sauraient être considérés comme simples prêteurs, lorsqu'ils avaient déclaré être des associés commanditaires et montré, par leurs actes, qu'ils se regardaient comme tels..... Par ces motifs déclare F... et P... associés commanditaires ». Il résulte donc bien de cette arrêt que la qualification prise par les parties est suffisante pour déterminer la nature de la convention. Au cas présent les clauses secondaires de la convention venaient bien confirmer que l'on se trouvait en présence d'une société. La jurisprudence n'a, du reste, pas persévéré dans cette manière de voir, car nous trouvons peu d'arrêts dans ce sens.

Un tel critérium n'est admissible ni en droit ni en fait. L'arrêt de Caen renferme tout d'abord une inexactitude juridique. La qualification donnée à un contrat par les parties n'est pas suffisante pour régler la nature de ce

contrat, si d'autre part ce contrat ne renferme pas tous les éléments qu'il doit comporter d'après le droit civil. Au cas présent où voyons-nous la participation aux pertes exigée par l'article 1855 ? où voyons-nous un apport mis en commun ? éléments essentiels du contrat de société et sans lesquels il ne saurait exister. Les clauses secondaires comme la communication des livres, écritures, contrôle, etc..., ne sont point suffisants pour faire d'une convention une société. Les principes fondamentaux du Code civil, livre 3, titre 9, n'étant pas appliqués, nous ne pouvons voir dans la dite convention qu'un contrat de prêt. C'est ce que la Cour de cassation a décidé d'autre part (1).

Le prétendu commanditaire peut avoir pris cette dénomination sans que cela ait aucune influence sur la qualité du contrat. Il s'est attribué une qualité qui ne saurait lui appartenir ; il s'est trompé sur la nature du contrat qu'il croyait faire ; car il ne peut être dans un seul et même acte et commanditaire et ne pas participer aux pertes. D'autre part l'article 1156 du Code civil nous dit que « l'on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'attacher au sens littéral des termes ». L'on ne saurait faire ici une plus juste application de ce principe. La convention est le résultat de la volonté des parties ; c'est donc cette der-

(1) Cassation, 20 avril 1842 (D. 42, 1, 226).

nière qui doit servir de base pour l'interprétation de l'acte et les conséquences à en tirer. C'est, du reste, le but que doivent poursuivre les juges dans l'appréciation des conventions. C'était la règle du droit romain (1) et celle de Pothier. C'est ce que la Cour de Caen n'a pas fait.

Si l'on s'en tient au sens grammatical de l'acte l'on risque de faire fausse route. Souvent, en effet, les parties auront employé telles expressions intentionnellement afin de dérouter soit les tiers, soit les juges. N'ayant point la capacité de faire tel acte, une société, par exemple, elles stipuleront les clauses de ce contrat sous le couvert de celles du prêt. De même, à l'inverse, pour éviter le délit d'usure, le prêteur cachera son acte sous la dénomination d'une société, en commandite ou en participation. Il faudra donc avant tout s'attacher à replacer l'acte dans son milieu, à voir pourquoi les parties ont fait tel acte, quel but elles se sont proposé, en un mot quelle convention elles ont prétendu faire.

Peu importe dès lors les termes employés, « la réserve » habile des formes si l'intention des parties se trahit à « chaque ligne » (2). Ainsi au cas où une personne apporte des capitaux à une association en se qualifiant de prêteur, si elle stipule une part du capital social, une part des bénéfices, qu'elle aura de plus voix délibérative

(1) L. 219, D. (de verb. signif.).

(2) Paris, 25 mars 1891. *Le Droit*, du 23 juillet 1891.

et exercera vis-à-vis des tiers « une action dirigeante dans l'entreprise » (1) ; l'on ne saurait tenir compte de la dénomination de prêteur, car il ressort des clauses même de l'acte, que les parties ont formellement eu l'intention d'établir une véritable société, qu'il y a eu mise en commun de la somme d'apport, puisqu'elle n'est point restituable, qu'il y a eu partage des bénéfices et aussi des pertes par déduction, puisqu'il n'existe aucune clause contraire. La Cour de Grenoble a sainement jugé en voyant ici une société. La qualification de prêteur n'intervenait que pour voiler une incapacité quelconque, pour permettre au prétendu prêteur de ne pas concourir aux pertes.

A ces deux points de vue la qualification prise par les parties ne saurait être prise en considération. Mais dès lors ne pourrait-on pas se baser sur l'intention des parties ? et ne pourrait-on point voir ici la solution que nous cherchons ? C'est la théorie admise par bon nombre d'auteurs et quantité d'arrêts.

(1) Grenoble, 18 mars 1887, D. 1888, 2, 305.

CHAPITRE VI

TROISIÈME CRITÉRIUM.

Pour distinguer le contrat de société de tout autre contrat il faut avant tout en déterminer la nature exacte, les éléments essentiels. Or le premier trait caractéristique qui apparaît est, sans aucun doute, la volonté, l'intention des parties de former un tel contrat, en un mot l'*affectio societatis*.

C'est le premier élément qui doit frapper l'esprit du juge ; c'est à sa qualification qu'il doit tout d'abord s'attacher.

« Comment admettre, dit Paul Pont, que la volonté
« de s'unir, de former une société ou de ne point la
« former, puisse être indifférente et rester sans influence
« sur l'existence même de ce contrat ? Il est incontes-
« table que la volonté, l'intention est avant tout la con-
« dition essentielle ; tellement que si elle fait défaut,
« ou plus encore s'il apparaît que les parties ont voulu
« se lier par une convention non de société, mais de
« prêt, il faut reconnaître sans hésiter que les parties
« n'ont fait que ce qu'elles avaient voulu faire, car elles

« pouvaient ce qu'elles voulaient (1). » Il est de toute évidence que c'est l'intention de la constituer qui doit être la base première de l'édification d'une société. La volonté est le premier élément de tout contrat. Elle pourra être indiquée en termes claires et précis ; comme aussi il faudra, peut-être, la découvrir au milieu de clauses d'essence différente, soit la déduire de circonstances de fait, de stipulations accessoires. Mais jamais l'on ne devra s'éloigner de cette *affectio societatis* sous peine de tomber dans l'arbitraire. L'on risquerait alors de soumettre les parties à une convention qu'elles n'ont point voulue, à les obliger à en supporter les effets, effets qu'elles auraient peut-être eu pour but d'éloigner. Ainsi l'on ne peut déduire de ce fait qu'un bailleur de fonds stipule une part de bénéfices de l'entreprise dans laquelle il verse des fonds qu'il ait établi une société quel qu'ait été son intention (2). De nombreuses décisions de tribunaux de commerce sont dans le même sens (3).

Mais comment régler la recherche du contrat voulu par les parties, ou mieux comment reconnaître dans l'ensemble de la convention l'intention des parties. Les partisans de ce critérium sont très embarrassés et

(1) P. Pont. *Sociétés civiles et commerciales*, tome I, page 67.

(2) Grenoble, 29 janvier 1870, D. 1872, 1, 194.

(3) *Journal de Marseille*, 1877, 1, 29 ; *Journ. trib. com.*, 1888, page 42 ; 1892, page 432 ; 1894, page 583 ; Nantes, 1898, 1, 320 ; *Gaz. Palais*, 1893, 1, Suppl. 27.

éludent la question, en se retranchant souvent derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fonds. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point un peu plus loin. Les déclarations des parties sembleraient bien devoir être le plus sûr moyen pour découvrir leurs intentions. Mais très souvent ces déclarations sont mensongères. Loin de nous dévoiler l'état d'esprit des parties, elles ne font que le dissimuler, le cacher. N'ayant pas la capacité voulue pour faire l'un des contrats, elles en feront les stipulations sous le couvert d'un autre. Ce sont de ces manques de bonne foi contre lesquels l'interprète ne saurait trop se tenir en garde. Et tout en étant de bonne foi les parties peuvent fort bien prendre une expression pour une autre. Le même terme intervenant dans les deux contrats : société en participation, participation aux bénéfices, la confusion peut très bien se produire.

D'autres fois même les déclarations des parties peuvent ne pas exister du tout. Il se peut donc très bien que ces déclarations des parties ne soient d'aucune utilité, que souvent même elles soient d'une fausse indication. Ce dernier cas est même assez fréquent. Lorsque les parties cherchent ainsi à dissimuler leurs véritables intentions, il y a souvent de leur part mauvaise foi, intention de frauder la loi ; car s'il n'en était pas ainsi elles auraient franchement adopté tel contrat.

A défaut des déclarations des parties, l'interprète doit examiner l'ensemble de la convention. Cette source

semble beaucoup plus féconde que la première sans être cependant à l'abri de tout reproche. Si les parties ont stipulé les clauses du contrat de société et que l'économie générale de l'acte laisse ressortir la volonté de former une société; l'on doit voir dans cette convention une société, alors même que certaines clauses de ce contrat seraient passées sous silence. Il n'y a en cela rien que de très logique et très conforme aux principes. Mais souvent des difficultés surgissent et rendent l'interprétation très délicate.

Est-ce que, par exemple, la seule clause de participation aux bénéfices sera suffisante pour démontrer l'intention des parties ? C'est l'opinion de Guillouard qui : « A défaut de clauses ou de circonstances particulières, « de nature à indiquer clairement le contrat (1) » voit un commanditaire dans le bailleur de fonds qui a une part de bénéfices. En voulant profiter des bénéfices de l'entreprise, il ne peut avoir eu qu'un seul but, celui de s'associer. C'est donc le contrat de société qui devra être présumé. L'on déduira nécessairement de cette clause l'intention du bailleur de s'associer en même temps aux pertes, quitte à subir la perte du capital lui-même si l'entreprise vient à périlcliter. Guillouard appuie sa manière de voir sur un arrêt de la Cour impériale de Paris du 10 août 1807. Néanmoins nous ne saurions admettre cette théorie. Nous avons vu en

(1) Guillouard. *Sociétés*, n° 18.

discutant le premier critérium que la clause de participation ne saurait faire pencher la balance plutôt d'un côté que de l'autre puisque nous la rencontrons s'alliant très souvent dans le contrat de prêt dont elle est un mode spécial de rémunération.

La jurisprudence s'est, du reste, très souvent prononcée en sens contraire (1). La seule stipulation d'une part dans les bénéfices, avec un intérêt ou au lieu d'un intérêt ne suffit point pour faire déclarer l'existence de la société. Nous donnons raison à la jurisprudence contre Guillouard. Il est, en effet, dangereux, au cas de doute, de poser comme principe évident qu'il faille présumer la société. C'est, suivant l'opinion de Troplong, « une maxime trop absolue, pouvant conduire à des applications forcées. Il ne faut pas trop tenir compte de ces vérités de convention qui sont quelques fois si douteuses. » C'était aussi l'opinion de Cujas qui la traduisait par l'adage « *In dubio non videtur societas* » (2).

Est-ce que les circonstances de fait, le contrôle des écritures, des livres, leur communication pourra laisser voir l'intention des parties et permettre de conclure au contrat de société. Ces clauses étant des éléments de la société il semblerait qu'aucun doute ne puisse s'éle-

(1) Bordeaux, 3 juillet 1860; Paris, 9 février 1880; Trib. com. Seine, 25 mai 1881; Cass., 16 juin 1863, 8 janvier 1872.

(2) Cujas, sur la loi 13, D. *de præscript. verbis*.

ver. C'est ainsi que l'on a pu considérer comme un contrat de société la convention renfermant de telles clauses, bien que les parties se soient qualifiées prêteurs(1). Néanmoins nous n'admettons pas cette clause comme distinctive de la société. Rien dans la loi ne nous dit que ces clauses sont exclusives du contrat de prêt, ou ne puissent se rencontrer que dans le contrat de société (2). Le prêteur est absolument libre de les stipuler à son profit, s'il n'a pas une entière confiance en son emprunteur, ou s'il espère être auprès de lui d'un bon conseil. En cela il ne fait rien d'inégal ; et le juge devra valider sa convention en tant que prêt, surtout si d'autre part les éléments essentiels de la société font défaut.

En un mot ces clauses ne peuvent pas être un obstacle à l'existence du prêt, bien qu'elles se rencontrent le plus souvent dans un contrat de société.

Les partisans de ce critérium en ont poussé les conséquences jusque dans les dernières limites. Selon eux le bailleur de fonds qui stipule le remboursement de son capital, à une époque quelconque, ne fait pas nécessairement un prêt. Cette clause n'est pas du tout incompatible avec la qualité d'associé, si d'autre part l'appréciation du surplus des stipulations et des circonstances de fait permet de conclure à un contrat de société.

(1) D. 88, 2, 30§.

(2) Baudry et Wahl. *Du prêt*, page 41§.

L'article 1892 du Code civil n'est pas faussement appliqué (1).

Il est vrai qu'il s'agit ici surtout d'une société en participation comme le fait remarquer Troplong (2).

D'après cet auteur « la participation ne confond pas « la propriété des mises ; que les parties ne se sont pas « associées pour former un capital social ; qu'en se « réunissant elles retiennent la propriété de leurs ap- « ports ». Il se prononce même pour la validité de la clause de remboursement du capital et des intérêts.

Nous ne croyons pas cependant cette manière de voir admissible. Dans la participation, en effet, chaque partie reste propriétaire de son apport, qu'elle reprend une fois l'opération terminée, avant le partage des bénéfices. Une clause de remboursement de cet apport semble donc inutile. Si les parties la font entrer dans la convention, elle dénature le contrat, puisqu'elle supprime un de ses éléments essentiels : la participation aux pertes. Au cas d'absence de bénéfices et en présence de pertes, les parties sont responsables vis-à-vis des tiers et sur leurs efforts et sur leurs biens personnels (3). C'est la règle commune à toutes sociétés. Si donc une partie s'affranchie de toute perte par une clause de remboursement, le contrat ne peut être valable comme société, mais nécessairement comme prêt. A plus forte

(1) Troplong. *Société*, tome I, n° 500.

(2) J. P., 1850, 2, 604.

(3) Lyon-Caen et Renault. *Dict.com*, tome II, page 465.

raison notre raisonnement s'applique-t-il s'il s'agit d'une forme de société autre qu'une société en participation.

Les différentes manières employées pour arriver à la détermination de la volonté, de l'intention des parties ne nous permettent pas de conclure, au cas où elles sont bien explicites dans la convention de conclure nécessairement à l'existence d'un contrat de société. Pour bien définir ce que les parties ont voulu faire il faut voir la convention dans son ensemble et ne point s'attacher à quelques caractères particuliers. Et alors même que de cet examen général il ressortirait clairement que les parties ont bien voulu se lier par un contrat de société, nous ne pouvons conclure avec les partisans de ce troisième critérium, à la réalité de celui-ci.

La société est un contrat complexe, renfermant, ainsi que nous l'avons vu précédemment, plusieurs éléments constitutifs, absolument essentiels. Ce n'est qu'à la condition que ces derniers seront réunis que le contrat pourra naître. C'est un principe juridique, légal, auquel la volonté des particuliers ne peut rien changer. Il serait donc puéril de vouloir admettre que sur la seule présence de l'un de ces éléments le contrat tout entier avec tous ses effets, puisse être constitué. Ceci est inadmissible. C'est le principal et capital reproche qu'il y a lieu d'adresser à ce critérium.

Sans aucun doute la première question que doit se poser l'interprète est bien celle de savoir ce que les parties ont eu pour but de faire afin de pouvoir apprécier

si elles avaient la capacité de le faire, si elles se sont soumises aux règles édictées par la loi. Outre que cette intention des parties est précieuse pour le juge elle est nécessaire pour la validité même de tout contrat. Mais en dehors de là, c'est exagérer son importance que de faire dépendre d'elle seule le contrat tout entier.

Dans une très intéressante étude, parue en 1905 dans les *Annales de droit commercial*, M. Ripert nous montre les tendances nouvelles de la jurisprudence en la matière. Il nous indique un critérium nouveau toujours basé sur ce même principe de l'intention des parties, mais intention affectée, prise dans un sens beaucoup plus large. D'après lui l'*affectio societatis*, ce n'est plus seulement l'intention de former une société, c'est plus, c'est l'intérêt commun des parties, l'idée d'une coopération économique des parties, d'une collaboration. « Cette collaboration, c'est la jonction des « forces de toute nature, travail, capital, chose, capi-
« tal-espèces, en vue d'acquérir par cette jonction des
« bénéfices plus forts que n'en aurait produit la somme
« des actions isolées de ces différents facteurs (1). » Ce serait cette idée seule qui devrait prédominer et l'emporter sur toute autre considération juridique. Plusieurs arrêts de jurisprudence sont basés sur ces considérations (2).

(1) Ripert. *Annales de droit commercial*, 1905, page 62.

(2) Grenoble, 1887, D. 88, 2, 305.

Un jugement du tribunal de Vervins du 31 juillet 1902 s'est fait le porte-parole de cette nouvelle tendance (1). Ses motifs en sont un très clair exposé : « L'on ne saurait faire état de l'exonération des « pertes, dit le jugement, si l'économie de l'acte, corroborée par le mode d'exécution qu'il a reçu, montre « sous le voile qui le cache, la volonté de s'associer. » L'organisation de la comptabilité et le droit de contrôle, la nomination d'un comptable et contremaître, la surveillance de l'inventaire, l'autorisation donnée au gérant pour les achats et paiements, tous ces pouvoirs, en un mot, qui ne sauraient être reconnus à un prêteur, mais qui sont de la compétence de l'associé, font nécessairement de la convention en question un contrat de société.

La Cour de cassation a toujours repoussé une pareille doctrine « en se retranchant sans cesse derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ». Elle voulait ainsi éviter de prendre parti sur la question, attendant des éclaircissements soit de la part du législateur, soit de la part de la doctrine. Néanmoins, dans un arrêt de 1903, elle semble être sortie de son mutisme et admettre cette théorie lorsqu'elle « constate que, dans le contrat qui lui est soumis, le bailleur de fonds y prend le rôle d'associé ; que la mise de fonds est effectuée en vue d'une opération précise et déter-

(1) Vervins, 31 juillet 1902, D. 1903, 2, 425.

minée ; qu'elle a pour objet la vente au détail des marchandises achetées ; que le bailleur de fonds intervient dans la surveillance et l'administration de l'affaire ; qu'il exige que les ventes n'aient pas lieu sans son consentement ; qu'il se réserve les encaissements ; et qu'enfin il stipule le partage par moitié des bénéfices à intervenir » (1). Cet arrêt, considéré comme un arrêt de principe, se base sur des considérations qui, à elles seules, nous le verrons infra, ne sont point suffisantes pour faire d'une convention un contrat de société.

M. Thaller a voulu pousser plus loin l'analyse juridique de la convention, pour arriver à une formule plus précise et ne pas rester sur cette idée assez vague de collaboration générale (2). D'après lui il n'y a qu'une seule différence entre la société et le prêt, différence très nette pouvant servir de critérium. « Le rapport issu d'un contrat de société avec la collaboration qui en résulte, implique une ingérence, un contrôle étroit et une faculté de critique dans la marche des affaires communes, c'est-à-dire un pouvoir d'intrusion dont ne saurait disposer un simple créancier, tel qu'un prêteur. »

Donc cette ingérence n'est permise qu'au seul associé, le prêteur ne pouvant prendre que certaines mesures préventives. M. Thaller va même jusqu'à décider

(1) Cass. req. 28 avril 1903 ; *Gaz. Palais*, 1903, 1, 715.

(2) Cass. req. 3 mars 1903. D. 1904, 1, 2, 237.

que la simple communication des livres et écritures est suffisante pour faire présumer le contrat de société. Mais, lui objecte-t-on, dans la société en commandite, le commanditaire n'a aucun droit d'immixtion dans la marche de la société; il doit rester complètement neutre, sous peine de devenir responsable dans la mesure où il a participé à cette gérance. L'objection n'a pas de portée, nous dit M. Thaller, car cette défense n'existe que pour les rapports entre le commanditaire et les tiers; car autrement si le commanditaire n'avait aucun droit vis-à-vis de ses associés, en quoi serait-il leur associé? Il faut donc lui reconnaître en face de ceux-ci un certain pouvoir d'intrusion, soit de vérification de livres, soit de contrôle d'écritures, soit de conseil. C'est du reste une conséquence logique de sa participation aux bénéfices.

Malgré tout ce que ces deux théories peuvent avoir de séduisant nous ne croyons pas qu'elles puissent prévaloir. Elles ont une tendance trop marquée à s'éloigner de tous les principes juridiques pour être admises.

Les hésitations répétées de la Cour de cassation; sa volonté persistante de ne point se prononcer sur le critérium en sont une première preuve.

Selon nous la question n'est pas abordée sous son vrai jour. Nous sommes en face d'une convention puisant son existence dans les principes juridiques; elle doit donc être définie d'après les règles juridiques, et non point d'après les déclarations plus ou moins spé-

cieuses des parties, souvent trop peu claires, trop sujettes à la fraude.

La jurisprudence a, semble-t-il, une tendance par trop marquée à ne pas appliquer strictement les règles des contrats telles que les définit le Code civil. Elle se montre trop large dans ses interprétations, s'éloignant parfois de la lettre, de l'esprit même de la loi. Nous en avons un exemple frappant en la matière qui nous occupe. La société est soumise en tant que contrat à des règles définies, longuement mûries par le législateur et que la liberté laissée à toutes conventions ne saurait enfreindre. « Les parties assument ici un rôle commun, « nous dit M. Thaller, elles marchent de front et ne « croisent pas le fer mutuellement, la loi ne veut pas « que ce qui fait la sauvegarde de l'un soit l'appau- « vrissement de l'autre. Si vous voulez séparer vos « intérêts, choisissez un autre contrat, il n'en manque « pas : celui-ci vous oblige à aller la main dans la « main Il existe dans l'article 1855 une somme dépo- « sée de philosophie, plus considérable qu'on ne « pense. »

Pour déterminer donc la nature juridique d'une convention dans le sens de telle contrat, il est absolument nécessaire qu'elle renferme tous les éléments essentiels du dit contrat. L'on est ici en présence de règles de droit pur les plus absolues ; l'on ne doit point passer outre, quelques graves qu'en soient les conséquences. Si les parties stipulent que le bailleur de fonds aura

droit non seulement à une part dans les bénéfices, mais au remboursement intégral de son capital, la convention est nécessairement un prêt. D'après cette clause, le bailleur est, en effet, affranchi de toutes pertes, puisque les fonds lui font retour quoi qu'il arrive. L'article 1855 du Code civil, qui oblige tous les associés à participer aux pertes dans une mesure quelconque, n'étant pas appliqué, il ne peut pas y avoir société. C'est l'absence d'un élément essentiel qui fait obstacle non seulement à la validité, mais à l'existence même du contrat tout entier.

Il devrait en être de même, quel que soit l'élément primordial du contrat qui vienne à faire défaut. Aussi la Cour de Paris a-t-elle mal jugé « lorsqu'elle a vu
« non un prêt, mais un contrat de société dans la con-
« vention par laquelle une société émet des bons,
« lorsque le capital de ces bons doit être restitué au
« moyen d'une réserve formée exclusivement sur les
« bénéfices nets de la société, et que les intérêts, per-
« çus semblablement sur les bénéfices nets le sont sans
« garantie de la part de la compagnie en cas d'insuffi-
« sance » (1).

La Cour fait ici une fausse interprétation du contrat de société. Pour qu'il soit valable, il est nécessaire qu'il comporte une mise en commun des apports dans le but de partager les bénéfices pouvant provenir de la

(1) *Journal des sociétés*, 1905, page 72.

bonne marche de l'entreprise. Sans cette condition qui en est pour ainsi dire l'âme, il n'y a point de société possible. Or au cas présent, nous n'avons point ce partage des bénéfices, mais seulement un prélèvement sur ces bénéfices jusqu'à concurrence de la somme nécessaire au paiement des intérêts et du remboursement des bons. En d'autres termes, comme le fait remarquer très justement M. Lecouturier en une note citée sous l'arrêt, « les choses auraient dû se passer comme
« dans le cas où la société ayant contracté des em-
« prunts en la forme habituelle, on commence par
« prélever sur les bénéfices bruts les sommes néces-
« saires pour rembourser les annuités dues au prê-
« teurs, les bénéfices nets devant être attribués et ré-
« partis entre les seuls actionnaires. Or personne n'a
« jamais prétendu qu'il existe un contrat de société
« entre la société débitrice et ses prêteurs ». L'arrêt a, du reste, d'autre part, faussement interprété l'intention des parties. Il ne pouvait donc conclure à une société puisque la réalité et les principes mêmes du Code civil s'y opposaient entièrement.

Telle est la raison qui nous fait repousser comme trop exagérée, la théorie exposée par M. Ripert.

M. Thaller est allé également trop loin, en poussant encore plus avant l'analyse économique de la convention. Nous avons montré précédemment que le simple prêteur peut stipuler à son profit certaines clauses qui sont habituellement accessoires du contrat de société. Il

n'y a en cela rien d'illégal, puisque la loi ne s'y oppose pas ; c'est une simple mesure préventive qu'il prend. Aucun principe juridique ne l'empêche de conseiller son emprunteur ; et comme participant aux bénéfices, il peut contrôler les livres, se faire communiquer les résultats de l'entreprise, assister aux marchés, etc., sa qualité de participant nécessitant presque ces attributs. Il n'est donc pas possible de conclure de cette faculté à l'existence d'un contrat de société.

D'autre part, cette clause d'intervention, d'ingérence peut n'être que le résultat de la fraude tentée par les parties. Voulant dissimuler quelque prêt usuraire elles l'auront doré des couleurs d'une vague société. C'est alors que l'interprète devra agir prudemment pour ramener avant tout la convention à sa vraie nature.

Enfin que décider au cas où les parties n'auront en rien réglé cette prétendue ingérence du bailleur de fonds ? Que va-t-on conclure ? Comment décider si l'on est en présence d'un prêt ou d'une société ! Le critérium n'a plus en ce cas aucune portée ; il échoue pour être trop exclusif.

Aucune de toutes les théories que nous avons étudiées jusque là ne nous a donné entièrement satisfaction, parce que toutes manquent de base solide, de base juridique. Néanmoins nous pouvons dès à présent retenir la tendance nouvelle de la jurisprudence ; nous verrons dans quelle mesure elle peut servir à l'interprète.

CHAPITRE VII

NOTRE CRITÉRIUM.

La thèse que nous proposons comme critérium distinctif du prêt et de la société est celle de MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl. C'est celle qui nous semble de beaucoup préférable, parce que seule, elle a pour point de départ les règles, les principes mêmes du droit civil.

Une très importante doctrine, de nombreux arrêts viennent du reste lui prêter leur appui (1).

La Cour de cassation a très souvent jugé que l'apport qui participe aux risques est nécessairement un apport de société et non un prêt (2).

Elle stipule de même très exactement sa doctrine, lorsque la convention contient une clause d'exonération des pertes, en affirmant dans les arrêts de 1885 et de

(1) Baudry et Wahl. *Société*, page 693 et suiv. — Lyon-Caen et Renault, tome II, page 28. — Aubry et Rau. Tome IV, page 544. — Laurent. Tome XXVI, nos 152 et 295. — Guillouard. *Société*, n° 18.

(2) D. 63, 1, 295, S. 70, 2, 217 ; D. 72, 1, 194 ; D. 79, 1, 229.

1893 que la non-participation aux risques de l'entreprise est exclusive de la société (1).

Un arrêt plus récent du 6 février 1905 confirme très exactement cette théorie bien établie.

« Attendu, dit l'arrêt, qu'il avait été convenu que
« M... rentrerait dans toutes les avances faites par lui
« à C... et en serait remboursé en capital et intérêts ;
« que ce prêt n'avait pas le caractère aléatoire ; que
« M... ne devait pas contribuer aux pertes sociales ;
« qu'ainsi il n'avait pas fait un apport à la société, mais
« uniquement un prêt à l'un des associés (2). »

Plusieurs jugements de tribunaux de commerce sont dans le même sens. « Attendu que la participation aux
« bénéfices à l'exclusion de tout risque couru, est
« absolument insuffisante pour démontrer que les
« parties ont entendu faire un contrat d'association... ;
« attendu que si la Cour de cassation (20 décembre
« 1893) a pu dans des circonstances particulières dé-
« cider qu'il y avait contrat de société, même lorsque
« le remboursement du capital était stipulé, elle a, tout
« au moins exigé qu'il y ait risque couru quant aux
« intérêts des capitaux. » Nous reviendrons plus loin
sur ce cas tout particulier de la participation aux parts
en face d'un apport en jouissance.

(1) Cass., 9 juillet 1885, S. 88, 1, 497; Cass., 5 décembre 1893, S. 94, 1, 484.

(2) D. 1905, 1, 391.

Citons enfin un arrêt de Marseille du 13 janvier 1903 (1).

Après avoir soutenu que la seule participation aux bénéfices pouvait faire considérer le contrat comme société, Guillouard reconnaît expressément que pour qu'il y ait vraiment société, il faut qu'il y ait participation aux pertes. Il détruit ainsi lui-même sa première opinion. Enfin en un article très intéressant sur la matière, Bonfils reconnaît expressément aussi que « la clause de participation aux pertes est essentielle pour qu'il y ait société » (2).

Dès lors, avec de telles autorités, nous pouvons conclure que la seule clause de remboursement intégral du capital sera exclusive du contrat de société. C'est là un principe absolu.

Toute la question pour l'interprétation de la convention se trouve ainsi ramenée au seul point de savoir si les parties ont oui ou non consacré cette participation aux pertes. Or ici il n'y a qu'une question de fait qui est soumise à l'appréciation souveraine du juge. En général les parties indiquent clairement si elles enten-

(1) *Recueil*. Marseille, 1903, 1, 166. « Attendu que le délai de remboursement, dit le jugement, et la réserve du droit de contrôler la comptabilité, n'a pas pu faire perdre à X..., la qualité de prêteur et le transformer en associé ; qu'il faudrait pour que l'on put considérer le prêt en question comme une commandite déguisée, que X... se fut fait attribuer une part de bénéfices et qu'il eut accepté de participer, le cas échéant, aux pertes sociales. »

(2) Bonfils. *Revue critique*, XXIV, page 5, n° 8).

dent se soumettre à cette clause et dans quelle mesure ; car c'est la seule question importante pour elles, qui a pu les pousser à une convention ambiguë. Mais que décider au cas où elles auraient laissé cette stipulation dans l'ombre ? Si le bailleur de fonds stipule une quote-part du capital social, une part des bénéfices et autres clauses de l'essence de la société, l'on se trouve, sans hésitation aucune, en présence d'un contrat de société, tous les éléments étant ceux du contrat de société, aucun ne lui étant contraire. La Cour de Grenoble a très bien jugé (1). Comme les parties n'ont rien stipulé relativement aux pertes, il faut présumer dès lors, d'après l'article 1853, qu'elles ont voulu établir une égalité proportionnelle entre les bénéfices et les pertes (2).

La question nous apparaît ainsi sous un jour nouveau. L'économie générale de la convention est dès lors appelée à jouer un rôle important pour en déterminer la nature, en dégager les caractères strictes. C'est ce qui est arrivé au cas que nous citons il y a quelques lignes ; c'est la raison qui devra déterminer le juge lorsqu'il s'en présentera de semblables. Le point de vue juridique ne suffisant plus, le point de vue économique vient le seconder. Ce sera à l'interprète de saisir la différence, subtile sans doute, comme dit M. Ripert, mais réelle, qui dans le but visé par les par-

(1) D. 88, 2, 305.

(2) S. 1908, 4, 237.

ties, peut faire distinguer un contrat plutôt que l'autre. L'interprète devra s'ingénier à découvrir si le bailleur de fonds a voulu simplement assister l'emprunteur, en lui procurant les capitaux nécessaires à son entreprise, et en restant simple spectateur de la marche générale de l'affaire ; ou si, au contraire, le bailleur de fonds a voulu davantage, c'est-à-dire collaborer activement à l'affaire en payant non seulement de son capital, mais de sa personne même, de son travail personnel.

C'est à cette seule condition que le critérium nouveau peut reprendre tout son empire et diriger sûrement les recherches de l'interprète.

Les parties peuvent par la convention régler et la participation aux pertes et la participation aux bénéfices. Aucun doute ne peut alors s'élever pour l'interprétation de ces stipulations. Il y a forcément société, sauf au cas de fraude, ou si elle est prouvée, il faut ramener la convention à son vrai caractère.

Mais cette participation aux pertes nécessaire, dans quelle mesure doit-elle exister pour être suffisante ? Nous voulons ainsi en venir à cette question importante, de l'apport d'une chose non en propriété mais seulement en jouissance, parce qu'elle a été l'objet d'une vive controverse. Cet apport est-il possible ? Est-il suffisant pour déterminer une participation aux pertes ?

Et tout d'abord comment peut se faire cet apport.

Nous pouvons nous le représenter sous trois formes différentes :

1° Ce sera tout d'abord un apport en usufruit. Le bailleur de fonds crée par la convention au profit de la société un véritable usufruit sur différents biens lui appartenant. La loi n'ayant rien prévu de spécial pour ce cas, nous n'avons qu'à recourir en droit commun et à en appliquer les règles. Les rapports qui vont naître entre le bailleur et la société seront ceux d'un nu-propriétaire et d'un usufruitier. Dès que l'usufruit sera constitué, le bailleur sera libéré de son apport, la société sera responsable, encourra tous les risques. Les règles de l'usufruit s'appliquent, du reste, sans aucune restriction.

2° Le bailleur, en prenant toujours cette expression dans le sens très général de celui qui fait un apport, le bailleur, disons-nous peut apporter à la société, la seule jouissance de certains biens. Les principes qui gèrent cette convention sont tous autres qu'au cas précédent. Le bailleur est ici obligé de procurer à la société la jouissance utile et complète des biens ; et cela d'une façon successive jusqu'à la dissolution de la société. Celle-ci n'aura contre lui ni droit de propriété, ni droit d'usufruit, mais un simple droit de créance pour l'obliger à agir. Dès lors les risques restent à la charge de l'associé bailleur. Si la chose vient à périr par cas fortuits, la société est dissoute en vertu de l'article 1867. Boutteville dans son rapport au Tribunal nous a très bien

exposé les motifs de cette solution. « Si ce n'est point
« la propriété même, mais seulement la jouissance,
« l'usage ou les fruits de leur chose que les associés
« ont mis en commun, il n'y a société que pour cette
« jouissance, pour les fruits ; il n'est en ce cas nul
« besoin d'observer et distinguer le moment où la chose
« vient à périr. Qu'elle ait ou n'ait pas encore été alors
« apportée, l'association n'ayant pour objet qu'une
« jouissance ou des fruits, dès que la chose n'existe plus,
« qu'il n'y a plus de jouissance possible, plus de fruit à
« recueillir, conséquemment plus de mise en société
« de la part de l'un des associés, il est évident que la
« chose périt pour celui à qui elle appartenait, et que
« dans les deux cas il n'existe plus de société (1). »

3° Le bailleur enfin peut apporter en jouissance des choses fongibles ou consommables par le premier usage.

Nous rentrons ici dans une des exceptions envisagées par l'article 1851 (2). La société devient obligatoirement propriétaire de ces choses puisqu'elle ne peut en jouir sans les consommer, et malgré la clause ne lui en donnant que la jouissance. Elle se trouve alors dans une situation en tout semblable à celle de l'usufruitier

(1) Fenet. XIV, page 445.

(2) Code civil, art. 1851, al. 2. « Si ces choses se consomment, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues, ou si elles ont été mises dans la société sur une estimation portée par un inventaire, elles sont aux risques de la société. »

de choses consommables (art. 587), à celle de l'emprunteur, dans le prêt de consommation.

L'associé a rempli toutes ses obligations. Au cas de perte, la société n'est pas dissoute ; mais le risque est en entier à sa charge, et à la dissolution elle sera débitrice de l'apport.

Ainsi donc en ce dernier cas et la force des choses et le législateur mettent les risques à la charge de la société, l'obligent et à subir la perte de la chose et à la restitution lors de la dissolution. Les articles 1851 et 1867 du Code civil sont absolus.

Le plus souvent le bailleur apportera la jouissance d'un immeuble : maison, usine, terrain, etc. Aucun doute ne s'est jamais élevé pour ce cas là. Conservant la nue-propriété de sa chose, le bailleur au jour de la dissolution reprendra celle-ci en tant que propriétaire. Si un cas fortuit en a amené la perte, il est seul à la subir ; et la seule conséquence qui en découle est la fin de la société.

Mais on a cru voir, au contraire, des difficultés au cas où le bailleur apporte à la société la seule jouissance d'un capital-argent. Ce genre d'apport est devenu aujourd'hui de beaucoup le plus fréquent. Aussi importe-t-il de ne laisser aucune fluctuation au sujet de sa validité.

Certains auteurs n'admettent pas sa possibilité (1).

(1) Thaller. *Droit commercial*, n° 388 ; *Annales de droit commercial*, 1892, 2, 297. — Bonfils. *Revue critique*, XXIV, 1893, page 548.

« D'abord, dit un annotateur du Sirey (1), il est néces-
« saire que la société ait la disposition de la somme
« quant au capital comme quant aux revenus ; le capi-
« tal ne peut plus rester, ainsi que le suppose l'arti-
« cle 1867 pour la propriété, dans la main de l'associé.
« La société à la jouissance et la disposition des deniers
« apportés. Et, en cas de perte, si le risque est à la
« charge de l'associé, comme la perte de l'apport
« entraîne la dissolution de la société (Code civ. 1867,
« al. 2), n'en arrive-t-on pas à dire que l'apport en
« jouissance d'une somme d'argent ne peut être em-
« ployé par la société qu'avec succès ; qu'en cas d'in-
« succès, l'emploi de cet apport a pour résultat la dis-
« solution de la société ? De plus, l'apporteur en
« jouissance d'une somme d'argent ne peut la retirer
« que comme créancier, or ceci est impossible, puisque
« l'associé en jouissance n'a pas versé ses fonds comme
« créancier, mais comme associé. » L'on ne pourrait
donc concevoir, semble-t-il, la possibilité d'un apport
en jouissance d'une somme d'argent.

La première objection, nous semble-t-il, ne saurait
en aucune manière être admissible. Il suffit pour s'en
convaincre de se rapporter à l'article 1851, alinéa 2.
L'apport étant une chose consomptible, la société en
devient propriétaire et comme conséquence en subit
tous les risques. Peu importe dès lors le sort de l'ap-

(1) Sirey. 1909, 2, 9, en note.

port, sa perte ne saurait en rien entraîner la dissolution de la société ; l'on s'éloigne sans doute du but primitif, mais la logique, l'enchaînement des principes, l'exigent ainsi.

Quant à la seconde objection, elle n'a pas davantage de valeur. Rien ne s'oppose à ce que l'associé retire son capital en tant que créancier ; c'est aussi une conséquence de la nature de l'apport. Le tribunal de commerce de Beauvais a, semble-t-il, mal jugé lorsqu'il a décidé que la reprise de la somme ne peut pas être consentie en une créance, puisque le commanditaire n'a pas versé ses fonds à titre de créancier. Le bailleur n'ayant apporté que la jouissance de son capital, a le droit de reprendre ce capital à la fin de la société, car il n'est point compris dans son apport. Il en est donc bien créancier et non seulement vis-à-vis ses coassociés, mais aussi au regard des tiers. Il peut donc venir au marc le franc, si l'actif social est insuffisant pour désintéresser tous les créanciers. Les tiers ne sauraient se plaindre, car ils ont pu connaître la situation par la publication de l'acte de société. Il s'agissait en l'espèce d'une société en commandite (1).

De nombreux arrêts de jurisprudence, du reste, admettent la validité de l'apport en jouissance d'un capital (2).

Beaucoup d'auteurs professent également la même

(1) Cass., 7 juillet 1898. (*Journal La Loi*, 11 août).

(2) Sirey, 1867, 1173 ; S. 1882, 1, 423 ; S. 1890, 1, 305 ; S. 1894, 1, 484.

doctrine. Elle ne saurait donc plus faire aucun doute aujourd'hui.

Au cas de ce seul apport en jouissance la société ne saurait être nulle par application de l'article 1853 du Code civil. Celui-ci n'est point violé, car la participation aux pertes a bien lieu dans la mesure de l'apport en société, puisqu'elle consiste dans les risques courus, non par le capital, mais par la jouissance de ce capital, puisque l'absence totale de bénéfices entraîne fatalement la perte de l'apport entier. N'ayant retiré aucune rémunération de son capital le bailleur a donc subi une perte qui correspond justement à la jouissance de ce capital, c'est-à-dire à son apport dans la société.

Malgré l'opinion contraire de Bonfils, la généralité de la doctrine est dans les mêmes vues (1). Ulpien enseignait déjà cette opinion dans la loi 58 *Pro socio* au *Digeste*.

La supériorité du critérium pour lequel nous nous sommes décidés nous semble suffisamment démontrée

(1) Cass., 2 avril 1889. Sirey, 1909, 2, 9, en sous note. « Attendu « que l'article 1853 du Code civil déclare nulle la stipulation qui « affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets « mis dans la société par un ou plusieurs associés ; que la nullité ne « saurait donc être encourue, lorsque l'associé est seulement dispensé « de contribuer aux pertes au-delà de sa mise ; que l'arrêt attaqué « constate que la convention litigieuse exposait Poncy à la perte de « tous les intérêts des sommes par lui avancées et dont il avait seulement mis la jouissance dans la société ; qu'ainsi sa mise toute entière pouvait être et sera perdue ; que c'est donc à bon droit que la « nullité de la société n'a pas été prononcée par l'arrêt attaqué. » — Bonfils, Soc. cit. — Troplong, n° 111. — Duvergier, nos 22 et 46.

pour ne plus faire aucun doute ; sa base essentiellement juridique en fait toute sa force.

Néanmoins l'on pourrait souhaiter pour éviter toutes difficultés, toutes discussions souvent arbitraires, que le législateur résolve la question avec plus de lucidité, en précisant les conditions d'application de l'article 1855. C'est de là, en effet, comme nous avons pu le remarquer au cours de cette étude, que surgissent toutes les difficultés, au sujet de la clause de remboursement. Avec un critérium, concis, précis, les hésitations, les égarements même de la jurisprudence n'existeraient plus.

Plusieurs législations étrangères sont déjà entrées dans cette voie. Et pour n'en citer qu'une, l'Angleterre depuis déjà de longues années a solutionné la question. Ici la nature de la convention est nettement définie. Le bailleur qui stipule le remboursement de son capital, ainsi qu'une part dans les bénéfices de l'entreprise, tient le milieu entre le prêteur ordinaire et l'associé. Il ne pourra pas retirer son capital dès la dissolution ; non la loi lui préfère les créanciers qui ont pu se trouver dans l'ignorance de cette clause de remboursement ; il ne pourra retirer ses fonds que lorsque ces derniers auront tous été payés. La convention ainsi analysée est donc un contrat mixte (1).

(1) Loi anglaise : Lindley, *t treatise on the law of Parthiership*, tome I page 33.

En droit français, en l'état actuel des textes une telle solution ne saurait être admise.

Le bailleur qui a stipulé le remboursement de son capital doit le reprendre en qualité de prêteur à la dissolution. Le contrat de société est d'autre part, absolument contraire à une telle clause.

DEUXIÈME PARTIE

—

NATURE JURIDIQUE DE LA CONVENTION FAITE PAR
L'EMPLOYÉ INTÉRESSÉ AUX BÉNÉFICES

CHAPITRE I^{er}

HISTORIQUE DE LA RÉMUNÉRATION DU TRAVAIL ET DE LA PARTICIPATION AUX BÉNÉFICES.

Arrivons maintenant à l'étude très intéressante et très actuelle de la rémunération du travail. C'est peut-être l'institution qui peut revêtir les formes les plus variées, qui peut se montrer sous les aspects les plus divers. Généralement au produit fabriqué, au temps passé par l'ouvrier à la tâche, correspond une somme argent, un salaire, autant que possible proportionnel. C'est le mode de rémunération le plus ancien, le plus simple, le plus conforme aux besoins du travailleur. Mais c'est aussi la rémunération fixe, brute, qui ne tient aucun compte de l'application plus ou moins grande de l'ouvrier, du plus ou moins grand bénéfice réalisé par l'employeur.

La rémunération peut encore se faire sur d'autres bases. L'on peut considérer plus spécialement l'importance d'un facteur quelconque de la production, le travail ou le capital, et lui donner une part des bénéfices proportionnelle. Il y a aussi le salaire avec primes, le

système de l'échelle mobile qui est « une méthode dans
« laquelle les salaires, basés sur un salaire étalon
« (Standard Wage), correspondant à un prix étalon,
« haussent et baissent d'un pourcentage convenu sui-
« vant la baisse ou la hausse du prix moyen des pro-
« duits, ce prix étant constaté à des intervalles régu-
« liers » (1), le tant pour cent sur les ventes, les ver-
sements faits par le patron dans les caisses de retraite,
de secours mutuels, de logement à bon marché, etc.
Nous avons enfin un mode de rémunération spécial qui
tend à se répandre de plus en plus et qui n'est autre
que la participation aux bénéfices. Nous l'avons suffi-
samment définie dans notre introduction pour ne pas
avoir à y revenir.

Mais quel que soit le mode de rémunération que l'on
emploie, la loi est muette pour tous, ne contenant
qu'un seul principe général, celui de la liberté des con-
ventions. C'est une grosse lacune de notre législation
moderne, cependant si précise. « Comment convenir,
« dit Pascaud, qu'un contrat intéressant des millions
« d'hommes, qui lui doivent le pain de chaque jour et
« la satisfaction de leurs besoins essentiels, soit aussi
« insuffisamment réglementé qu'il l'a été par le légis-
« lateur de 1804 (2). » Sans doute il eut peut-être été
difficile à cette époque-là de tracer quelques règles,

(1) Le professeur Hunro.

(2) Pascaud. *Contrat de travail*, page 2.

quelque réglementation, les conditions du travail étant toutes nouvelles. L'on était au lendemain de la Révolution, et des lois abolitives de 1791. Le souvenir des corporations était encore très vivace dans toutes les mémoires. Mais qui oserait nier l'utilité de nos contrats, de prêt, de société, de louage de service ! Un guide, des contrats types sont d'une très grande utilité pour les contractants, très souvent peu aptes à créer une convention de toutes pièces. L'usage, le manque d'instruction sont presque toujours le plus grand obstacle. Et c'est à peine si le Code civil consacre au louage de services quelques dispositions très brèves, et le Code de commerce les deux seuls articles 549 et 634.

La nécessité d'une réglementation législative se fait d'autant plus nécessaire que le commerce et l'industrie grandissent de jour en jour. L'emploi des commis, ouvriers, travailleurs de toutes sortes, est, malgré l'emploi des machines, plus important, en ce sens qu'il nécessite plus d'intelligence, et se traduit sous des formes toujours nouvelles, vu la quantité des inventions modernes. Il importe donc de les protéger et de les protéger d'une manière efficace : Autres temps, autres mœurs. Nous sommes loin des conditions ouvrières de l'ancien temps ; et ici, peut-être plus que partout ailleurs, il nous faut des institutions neuves, en rapport avec les idées modernes.

A Rome le commerce et l'industrie étaient pour ainsi dire nuls, comparés à ceux d'aujourd'hui. Au reste

aucune réglementation du travail n'était à faire, car c'eût été le déshonneur pour un homme libre que de travailler. Les esclaves : *institores*, *circitores* seuls le pouvaient. Avec l'Empire apparaissent les corporations, vastes associations, réglementées par des principes absolus et sous le joug desquelles le travailleur devait se plier. Aussi ne rencontrons-nous que peu ou point de travailleurs libres ; la concurrence des corporations les empêchait de subsister et finissait par les tous englober.

Ce n'est guère qu'à partir du XVII^e siècle que la réglementation devint plus libérale, que l'influence de la corporation diminua et que chaque ouvrier put recouvrer un peu de sa personnalité. Néanmoins les traditions, la routine des siècles passés subsistent encore : « Le corps de métier, dit M. Levasseur, est alors une
« petite république qui s'administre elle-même, qui
« détermine dans son sein les rapports des personnes,
« qui se charge de protéger les membres les plus
« faibles, qui donne surtout de grands privilèges aux
« plus puissants, qui réglemente le travail, qui surveille
« et punit les délinquants. Mais c'est une république
« jalouse qui possède le privilège exclusif d'exercer un
« métier et qui poursuit impitoyablement quiconque
« veut contester ou partager, sans son aveu, ce privilège » (1). Puis c'est la disparition des maîtrises et

(1) Levasseur. *Histoire des classes ouvrières*, I, page 383.

la faculté pour chacun d'exercer librement un métier ; et avec la Révolution de 93 l'abolition complète des corporations.

Une ère nouvelle s'ouvre dès lors pour le travailleur. A l'étroite réglementation de l'ancien régime suit celle du Code civil, qui, en dehors de quelques contrats bien définis, proclame la liberté absolue de toutes conventions non contraires à l'ordre public. Mais comme toute réaction celle-ci fut par trop violente et bientôt l'on dut chercher le moyen de régler, de protéger encore le sort de l'ouvrier.

La liberté complète conquise en 93 avait donné naissance à la lutte entre le capital et le travail, lutte qui, après plus d'un siècle, est plus vive que jamais. C'est alors que certains industriels imaginèrent pour arrêter tout conflit de s'attacher l'ouvrier en le faisant participer dans une certaine mesure aux produits de l'entreprise.

Les premières tentatives datent de 1820 ; elles furent faites par quelques compagnies d'assurance. La véritable participation établie sur une grande échelle ne date que de 1842 avec Leclaire. A partir de cette époque et jusqu'à ces dernières années, la participation s'est beaucoup développée. Elle a conquis l'étranger où elle compte chaque jour de nouveaux adhérents. La société fondée en 1878 par Charles Robert dans le but de rechercher ses meilleures applications, de la propager par son bulletin, ses conférences, ses congrès inter-

nationaux, est devenue, comme on l'a dit, « l'âme de la participation ».

Devant un tel mouvement le législateur ne pouvait pas rester impassible. Une commission d'enquête fut nommée par Waldeck-Rousseau en 1888 pour étudier l'établissement de la participation dans les adjudications et soumissions de travaux de l'État, dans quelle mesure il serait possible de l'imposer aux entrepreneurs. Les résultats obtenus par cette commission aboutirent au projet de loi de 1888 qui, après avoir été voté plusieurs fois par les deux Chambres ne put aboutir définitivement. Depuis de nombreux projets de lois furent toujours déposés sur les bureaux des Chambres ; nous aurons l'occasion de revenir sur leur étude.

Lorsque le patron et l'ouvrier conviennent que ce dernier recevra une part dans les bénéfices, ils entendent créer entre eux un véritable lien de droit. Le patron s'est engagé formellement et l'employé peut l'obliger à tenir cet engagement par toutes les voies de droit. Néanmoins la doctrine contraire a été soutenue par Ott dans le *Journal des Économistes*. D'après cet auteur, une simple « obligation morale » naîtrait entre les parties. Ce ne serait pour le patron qu'un acte de libéralité, de philanthropie, sur lequel il pourrait revenir en le modifiant à sa guise, ou qui resterait soumis aux formes des donations. Tout en reconnaissant que quelquefois le patron peut ne prendre qu'un engagement d'honneur soustrait aux règles juridiques dont il n'a

que faire, nous devons avec M. Crouzel repousser cette doctrine et en fait et en droit (1). En fait de nombreux chefs d'usine, directeurs d'entreprises, ont reconnu le caractère civil obligatoire du contrat de participation. L'enquête établie auprès d'eux, le reconnaît même dans le contrat verbal. En droit les ouvriers sont liés librement vis-à-vis du patron, ils sont donc engagés mutuellement et doivent remplir fidèlement leurs obligations. Ils ne peuvent donc se délier que de leur mutuel consentement.

Ainsi la participation aux bénéfices est aujourd'hui un fait établi, ayant son existence propre, ses caractères bien définis. Et comme aucune loi n'est encore venu la sanctionner, il importe de rechercher quelle est la nature du lien qui unit l'ouvrier au patron, s'il y a réellement lien civil ou simple obligation morale. Si la convention est licite, quels sont ses caractères, sa nature et enfin les conséquences qu'il est possible d'en tirer. Telle va être l'objet de cette seconde partie de notre étude.

(1) Crouzel. *De la participation aux bénéfices.*

CHAPITRE II

CARACTÈRE ET NATURE DE LA CONVENTION DE PARTICIPATION.

Comment fonctionne la participation aux bénéfices ? Elle peut être établie, disons-nous, de différentes manières. L'employé peut stipuler un salaire fixe plus une part de bénéfices, ou bien seulement tant pour cent sur les bénéfices avec participation aux pertes, ou bien enfin une simple rémunération proportionnelle aux affaires faites.

Certains auteurs ont cru devoir distinguer la participation discrétionnaire, c'est-à-dire celle qui n'implique aucune réglementation écrite, aucune clause du contrat de travail. Le patron qui fait de bonnes affaires distribue à la fin de l'exercice entre ses collaborateurs une partie des bénéfices qu'il a réalisés ; mais cette libéralité ne suppose ni obligation ni contrôle. C'est un fait qui appartient plutôt au domaine de la philanthropie qu'à celui du droit (1). Comme le dit du reste à juste titre M. Beynet, nous sommes ici en présence d'une

(1) Beynet. *Influence de la participation*, thèse 1908.

institution patronale et non d'un contrat de participation ; elle échappe donc à notre étude.

Enfin l'on admet encore d'autres formes basées sur ce dernier point de vue et sur les affectations diverses des sommes produites par la participation. L'on a ainsi la participation immédiate, lorsque les fonds sont payés comptant, la participation collective, lorsqu'elle alimente un fonds collectif de secours, de prévoyance ou de retraite ; enfin la participation au capital, système très répandu, qui est celui adopté par le syndicat des jaunes. « Il repose sur la transformation des parts de bénéfices, en parts de co-propriété de l'établissement industriel (1). » L'on peut du reste varier à l'infini les différentes manières d'intéresser un employé aux bons résultats d'une affaire. La pratique nous en montre tous les jours de nouvelles applications.

Telles sont les principales formes que peut revêtir la participation dans ses applications pratiques. Mais ces considérations sont en dehors de notre sujet. Nous ne voulons l'étudier ici qu'en tant que contrat dont il faut préciser la nature. Néanmoins ces quelques explications étaient nécessaires pour éclairer notre sujet.

Et tout d'abord, une telle convention est-elle licite ? L'on ne saurait, croyons-nous, mettre en doute sa validité juridique. Nous n'avons qu'à nous reporter aux

(1) Beynet. *Op. cités*, page 23.

règles de droit commun qui, à défaut d'une législation spéciale doivent régler la matière. L'on admet bien au profit du capital une part de bénéfices et souvent même une très forte part, pour qu'il courre tous les risques, supporte toutes les charges, mais aussi gère et dirige l'entreprise. Ne pourrait-il pas en être de même pour le travail. L'ouvrier qui fournit son temps, sa peine, son expérience, ne pourrait il pas être stimulé dans son activité, de la même façon que le capitaliste. Et, dès lors, pourquoi la convention du second n'aurait pas le même caractère de validité que celle du premier. Les deux conventions sont semblables; elles doivent l'être complètement. La seule raison que l'on pourrait donner du contraire est que la participation est encore nouvelle, que jamais le principe n'en a été formulé. Elle n'en existe pas moins en droit.

Comme nous aurons l'occasion de le voir beaucoup de législations étrangères et chez nous de nombreux projets de loi l'ont étudié. L'on ne peut donc que conclure avec le rapport de Gasnes à l'assemblée générale de la Société de participation en 1889, que « le droit
« des obligations, dont les Romains ont si bien assis
« les bases, régit encore presque sans changement
« le monde juridique. Il reconnaît la liberté des con-
« ventions et, par suite, le lien de droit qui existe
« entre le patron et l'ouvrier réunis par la participa-
« tion; il valide l'obligation du patron et consacre
« le droit de l'ouvrier à réclamer l'exécution légale

« d'une convention régulière. Voilà la théorie » (1).

La liberté des conventions, en ce qu'elles n'ont rien de contraire à l'ordre public et à la loi, voilà le principe qui servira de base à notre convention.

Mais une grave objection paraît pouvoir s'élever. L'article 1129 exige que l'objet de l'obligation ne soit pas complètement indéterminé. Or, il ne le sera pas lorsque l'employé aura seulement stipulé une portion des bénéfices. Il est donc nécessaire que le patron promette un quantum fixe, dix, vingt, cinquante pour cent, sur lequel il sera possible de tabler. C'est du reste ce qui a lieu dans tous les cas.

Quel sera maintenant le caractère d'une telle convention ? L'analyse exacte du contrat nous permet de conclure à un contrat synallagmatique, fait à titre onéreux. La participation aux bénéfices n'est dans son sens général que la représentation du travail, de l'effort fourni par l'ouvrier. Dans ce cas là les obligations des deux parties apparaissent très nettement ; elles sont réciproques. D'autrefois le patron accordera la participation en plus d'un salaire fixe. Ici aussi, mêmes obligations, car au surcroît de profits correspond chez l'ouvrier un pareil surcroît de travail, un nouveau zèle qui est la contre-partie de cette augmentation des bénéfices.

Il en est de même lorsque le patron impose à son employé certaines obligations accessoires, telle que

(1) Charles Robert. *Contrat de participation aux bénéfices*.

celle qui lui interdit au cas de renvoi d'entrer au service d'une entreprise semblable pendant un certain temps. Nous nous trouvons donc bien en présence d'une convention synallagmatique dans laquelle les obligations d'une partie sont la cause des obligations de l'autre. Il en résulte que le contrat est de plus contrat à titre onéreux et que les règles relatives au contrat de donation ne sauraient jamais recevoir leur application, bien que cela ait été parfois soutenu.

Dans certains cas, en effet, le salaire fixe représente, dit M. Beynet, la rémunération du travail ; dès lors, la participation apparaît comme quelque chose de supplémentaire, de gratuit, comme une donation. Le patron abandonne une portion des bénéfices, mais l'ouvrier ne lui donne rien en contre-partie, en compensation. Tout au plus pourrait-on dire qu'il déploie davantage de zèle ; mais c'est très souvent lui faire un prêt tout gratuit. Le caractère propre de la convention change donc ; elle devient unilatérale. De telles stipulations se rencontrent quelquefois pour récompenser et pour encourager véritablement l'employé ; et dès lors notre objection ne saurait exister. Il ne saurait alors être question de donation. Le patron espère toujours par ce moyen retirer quelque profit de sa simili largesse ; il n'est pas désintéressé, élément essentiel pour qu'il y ait donation. Et alors même qu'il aurait qualifié la clause de libéralité, il ne faut pas s'y laisser prendre, mais bien y voir une convention onéreuse. Si les pa-

trons consentent, en effet, à faire participer leurs employés aux bénéfices, c'est toujours pour faire acte de commerce.

Waldeck-Rousseau énumérait le 15 janvier 1885, devant la Chambre, les dispositions qui avaient été recueillies au cours d'une enquête parlementaire. Leclaire, l'un des fondateurs du système disait : « je
« suis un calculateur, un homme d'affaires, j'aime
« mieux gagner 100,000 francs et en donner la moitié,
« qu'en gagner 25,000 et garder le tout pour moi
« seul. » Laroche-Joubert exprimait aussi la même idée : « Si je suis philanthrope, c'est sans le savoir ; quand j'agis comme gérant, c'est l'intérêt de ma société qui me dirige. » Et Waldeck-Rousseau terminait en disant : « J'ai été frappé de l'énergie avec laquelle les industriels les plus expérimentés ont déclaré qu'en constituant la participation, la maison n'avait pas seulement fait une bonne action, mais une bonne affaire. »

Du reste est-il possible qu'il en soit autrement, car comme le fait remarquer le Hire, si l'on admettait que la convention est une simple libéralité, l'on en arriverait aux conséquences les plus inadmissibles, « Ainsi l'on serait obligé de déclarer que le patron aurait le droit de demander des aliments s'il tombe dans la misère à tous les ouvriers de son usine ; car tout donateur a droit à des aliments ; de même encore il a droit à la gratitude de son personnel et si un ouvrier manque à cette obligation, la donation sera révoquée. Enfin

s'il survient un enfant au patron, il lui sera permis de reprendre tout ce qu'il avait distribué sur les bénéfices. » Il est donc impossible et en droit et en fait de voir dans la convention de participation aux bénéfices une libéralité, mais bien une convention à titre onéreux.

Ayant ainsi déterminer rapidement les caractères essentiels de notre convention, après avoir montré sa possibilité juridique, il faut pénétrer dans le cœur même du sujet et étudier la nature juridique du contrat.

La participation aux bénéfices telle que nous l'avons définie, peut se rattacher à deux types de contrats définis par le législateur. Considérée comme un mode spécial de rémunération, ce peut être soit un louage de service, soit une société. Or le travailleur, l'ouvrier ou l'employé intéressés deviennent-ils par là-même de véritables associés ?

De nombreuses raisons militent en cette faveur et ont permis à certains auteurs d'admettre l'existence d'une société. Un arrêt de la Cour de Lyon du 27 août 1835 a pu soutenir cette théorie par des arguments un peu spécieux, il est vrai, mais qui exposés sous un autre jour pourraient se défendre (1).

Sans rappeler ici les éléments essentiels de la société que nous avons définie dans notre première partie, nous pouvons reconnaître dans notre convention les principaux caractères de ce contrat.

(1) D. 36, 2, 481.

C'est tout d'abord une mise en commun, un effort de la part des deux parties. Le patron apporte, au cas visé par la Cour de Lyon, le fonds même de commerce avec toute la clientèle, ainsi que les capitaux qu'il a placés dans l'entreprise.

De son côté l'employé apporte son travail, son industrie, voire même son crédit. Ces deux sortes d'apports constituent donc bien un fonds commun. Sans doute l'employé ne va pas devenir copropriétaire des efforts de son patron, mais comme le fait remarquer Troplong « qu'importe s'il est admis à l'achalandage de son commerce, à la rotation de ses affaires, à la mise en action de ses capitaux ? est-ce que ce n'est pas là un bien auquel le commis participe, comme le patron entre en communication de son industrie ? n'est-ce pas là la base possible d'une société ? »

De plus les bénéfices réalisés par ce fonds commun sont répartis entre les intéressés ! Le partage des pertes a aussi lieu dans une certaine mesure. Admettons, en effet, que l'affaire ne réussisse pas, la mise sociale de l'employé sera perdue. Il aura donné son industrie, fourni son temps, sa peine, sans recevoir aucune rétribution et partant en pure perte.

Le commis, quoique toujours sous les ordres du patron, peut bien malgré tout être associé ! Rien dans la loi ne s'oppose à ce que l'un des associés ait une part prépondérante dans la gestion de l'affaire, une autorité plus grande que tel autre. Les lois de la société ne sont

pas violées pour cela. A la rigueur donc notre convention ne paraît pas contraire au contrat de société. Aussi la Cour de Lyon concluait-elle qu'un commis intéressé doit être assimilé en tout à un associé, dans ses rapports avec son patron et en ce qui concerne son émoulement.

C'est ce que décidait un arrêt de Rennes du 7 août 1826 (1) lorsqu'il admettait que le commis d'une maison de commerce qui recevait une part du bénéfice comme appointements devait être considéré, quant aux contestations sur le règlement de cette part, comme un associé, et être renvoyé devant des arbitres pour le règlement.

Mais pourrait-on objecter que de telles conventions intervenant ainsi entre patrons et ouvriers ne sont jamais publiées et partant, violant la loi de 1867, ne sauraient être considérées comme société ! Sans doute la clause de participation aux bénéfices jointe à un contrat de travail ne peut suffire à créer une société en non collectif ou telle autre semblable. Mais elle peut tout au moins créer une société en participation, société s'appliquant à un seul genre d'affaires celui en vue duquel elle a été créée.

Toutefois une analyse plus pénétrante et une meilleure interprétation des textes ne permettent pas d'admettre ces considérants. La grande majorité de la

(1) Rennes, 7 août 1826, S. 31, 1, 249.

doctrine est une jurisprudence constante concluent à un louage de service et non point à une société.

Et tout d'abord les éléments essentiels de la société n'existent qu'en apparence. La mise en commun n'est pas. Le commis apporte sans doute sa peine, son labeur quotidien mais le patron conserve la propriété du fonds, de ses capitaux, de toute l'affaire. C'est vouloir jouer sur les mots que de dire qu'il les met en commun. Que la société vienne à se dissoudre, il les reprendra entièrement, tandis que le travail de l'employé sera perdu s'il n'a point touché de bénéfices.

C'est ce que confirme un jugement du tribunal de commerce de Paris : « attendu qu'il ne s'est agi que
« de l'un de ces contrats usités dans le commerce, par
« lesquels un commis promet en échange d'une part
« déterminée de bénéfices son temps et son industrie ;
« que la clause de participation aux pertes n'est du
« reste pas incompatible avec la situation d'un commis
« intéressé ; qu'elle ne suffit point pour imprimer au
« contrat un caractère et des efforts que repousse l'en-
« semble de l'acte ; considérant que ces conditions
« constitutives de la société manquent entièrement ;
« qu'il n'y a pas de clause de mise en commun,
« etc... » (1).

D'autre part le commis a droit aux bénéfices, mais il ne participe en rien aux dettes ; il reste complète-

(1) *Journ. trib. com.*, II, 554.

ment étranger vis-à-vis des tiers. Son travail est bien sans doute perdu, mais en spécifiant un mode de salaire aléatoire, il savait à quoi il s'engageait, il s'exposait.

« Considérant, dit un arrêt, qu'il est de l'essence de
« tout contrat de société qu'il y ait une chose mise en
« commun, et qu'il y ait participation des associés aux
« bénéfices comme aux pertes » (1).

Enfin l'interprétation de la convention doit reposer sur une interprétation de la volonté. Le patron qui octroie à son employé une partie de bénéfices n'a, en général, aucune idée de l'associer. Cette volonté, de former une société, *l'affectio societatis*, suivant l'expression consacrée par l'usage, fait ici complètement défaut. Il est bien plus logique, en effet, de voir dans cette acte du patron une idée d'amélioration du salaire de l'ouvrier, une idée de justice. Établi sur une telle base il sera susceptible dans les bonnes années d'atteindre un chiffre très élevé, tout en ne devenant pas une charge pour les mauvaises.

S'il en était autrement, il faudrait concevoir de la part du patron l'abandon de ses droits de chef d'entreprise, l'abdication de son autorité. Le subordonné deviendrait alors égal du patron avec le droit de critiquer ses actes, le droit de participer à la direction générale de l'entreprise. « Non, dit Cornil, le maître qui accorde

(1) *Journ. trib. com.*, XIV, 459,

« à son personnel outre le salaire fixe une part dans les
 « bénéfices, n'abdique pas pour cela son autorité patro-
 « nale et n'entrave en rien sa liberté d'action. Il reste
 « maître absolu de diriger son entreprise comme il l'en-
 « tend, d'acheter des matières premières, quand il le
 « juge à propos et de vendre ses produits quand bon
 « lui semble. »

Duvergier établit très nettement la distinction lorsqu'il dit « que si l'associé et le commis intéressé ont cela de commun, qu'ils sont l'un et l'autre appelés à recueillir une portion de bénéfices, la nature de leurs droits et la source à laquelle ils puisent n'en restent pas moins distincts et séparés. L'un participe aux gains parce qu'il est copropriétaire de la chose qui les produit, et l'autre parce qu'il a fait un travail pour lequel on lui a promis cette espèce de salaire ».

Sans doute au cas où l'employé reçoit seulement une part dans les bénéfices, il naît bien, dans ses rapports avec le patron une vague idée d'association en ce sens qu'ils partagent les bénéfices ; mais cette seule clause ne peut entraîner le contrat de société avec tous ses éléments tels que nous les présente la loi.

Lorsque, au contraire, le commis reçoit d'abord un salaire fixe plus une part de bénéfices, le rapport contractuel qui se forme entre les parties se présente sous un aspect un peu différent. Si le salaire fixe est le plus considérable, il y aura louage de services proprement dit, le commis restant sous l'entière dépendance de son

patron. Sera-ce au contraire, la part des bénéfices qui sera la plus forte dès lors, les parties collaborent à un même but. Ainsi les rapports entre commis et patrons seraient dans cette même mesure des rapports d'associés à associés. Aussi un auteur a-t-il pu dire récemment que « la participation aux bénéfices était la transition entre le salariat et le régime de l'association coopérative de production ». Néanmoins dans tous les cas, à moins de convention expresse, la stipulation de participation est juridiquement un louage et non une société. Ce dernier contrat est soumis à des règles strictes que les parties ne peuvent point modifier à leur gré sous peine de ne point se voir appliquer les règles du dit contrat.

Un argument d'analogie nous est du reste fourni par les articles 250 et suivant du Code de commerce. Ces articles traitent d'une variété toute particulière du louage. Ils décident que l'engagement des gens de mer à la part ou au frêt doit-être considéré comme un louage et non comme une société, malgré la participation aléatoire remplaçant tout salaire fixe et pouvant laisser présumer la société.

Il en est de même dans les conventions analogues de métayage, contrat de librairie, mutuelle d'assurance, etc. Les mêmes questions se posent et sont résolues dans le même sens.

Nous pouvons donc conclure que la simple convention de participation aux bénéfices ne constitue pas un contrat de société, parce que les éléments essentiels de

ce contrat, tels que nous les définit le Code civil font absolument défaut. La même solution doit être adoptée qu'il s'agisse d'une participation donnée en plus d'un salaire fixe, ou d'une seule participation faisant office de rémunération.

Un jugement du tribunal d'Aix, très motivé, confirme notre thèse, tout en ne s'attachant qu'à des considérations plus générales. « Considérant que le commis
« intéressé à raison d'un tant pour cent sur les bénéfices
« d'une maison de commerce n'est pas un associé ; qu'il
« continue à n'être qu'un employé ; que s'il garde cette
« situation, il ne peut prétendre traiter d'égal à égal
« avec son patron ; qu'il ne lui appartient pas de s'im-
« miscer dans le détail comme dans l'ensemble des
« opérations, de critiquer les actes de direction, de faire
« œuvre d'initiative ou d'indépendance ; que c'est le
« commerçant qui subit plus directement les chances
« de bonne ou de mauvaise fortune ; qu'il expose son
« avoir ; qu'il peut compromettre son honneur par la
« faillite ; que seul responsable, il doit rester maître
« sans partage de son affaire (1). »

Mais est-ce que la qualification donnée à l'acte par les parties ne pourrait pas permettre d'induire l'intention, la volonté des parties ? Est-ce que si celles-ci ont qualifié la convention d'association en participation, par exemple, le juge ne doit pas conclure à un tel contrat. Non, ce

(1) Aix, 6 décembre 1888, D. J. G. S., page 270.

n'est pas là une raison à laquelle puissent s'attacher les juges. Nous avons étudié le même cas à propos du prêt et l'avons solutionné par la négative. Il est une règle générale, admise par une jurisprudence ne laissant place à aucun doute, qu'il faut s'attacher avant tout à la nature de la convention et non point aux énonciations souvent erronnées ou frauduleuses donnée par les parties. Que celles-ci servent d'indice à l'interprète, mais c'est toute la valeur que l'on puisse leur accorder (1).

Dans un arrêt du 17 avril 1872 la Cour de cassation a appliqué ce même principe lorsqu'elle a décidé que l'arrangement consenti par un patron à son commis dans lequel il est indiqué que l'intérêt de ce dernier sera, outre un traitement fixe annuel, de tant pour cent dans les profits et pertes, bien que qualifié par le patron d'admission à participation a été considéré à bon droit par le juge du fait non comme une association en participation, mais bien comme un véritable louage de services (2).

Une autre objection peut se poser relativement au chiffre de la participation. L'on a prétendu qu'une part élevée dans les bénéfices pouvait permettre de conclure à une société. Cette considération ne nous semble pas admissible, car, si même on l'admettait, à partir de

(1) Req. 29 juillet 1863, D. 64, 1, 27.

(2) D. 73, 1, 311.

quel chiffre il y aurait-il société ? Ce n'est du reste pas une simple quotité qui peut déterminer la nature d'une convention. Tous les principes de notre droit s'y opposent et plusieurs arrêts sont dans ce sens (1).

Dans son rapport sur le projet de Code civil le tribunal de Lyon avait proposé de résoudre la question de la façon suivante. « Le commis ou employé de la société, sous quelque dénomination que ce soit, à qui elle accorde une part quelconque dans les bénéfices, à titre d'encouragement, ou pour lui tenir lieu de son salaire en tout ou en partie a le droit d'opter, pour son salaire, entre une somme fixe ou une partie des bénéfices, n'est pas associé ; il n'est pas tenu des pertes. » Il est regrettable qu'une telle disposition n'ait pas été insérée dans le Code. C'eût été trancher nettement la question et fermer la porte à de nombreuses difficultés. M. Planiol admet bien que la convention est un louage de services, mais seulement au cas où il existe, outre les bénéfices, un salaire fixe, où par le patron responsable « Si la maison s'organisait en véritable association coopérative ou le salaire entier dépendrait des ventes, le contrat changerait de nature et deviendrait une société (2). » Nous ne croyons pas devoir davantage admettre cette opinion. La participation aux bénéfices comme mode de rémunération soit totale, soit partielle

(1) S. 12, 2, 33 ; S. 38, 2, 426 ; D. 45, 2, 146.

(2) Planiol. *Traité de droit civil*, II, n° 1827.

ne saurait en aucune façon changer le caractère du louage. La question n'en paraît plus faire aucun doute aujourd'hui.

De ce que l'employé intéressé aux bénéfices reste un simple subordonné à gages, nous concluons que le clerc d'un officier ministériel qui reçoit à titre de traitement une part dans les gains ne devient pas un associé. C'est un mode de rémunération qui intervient quelquefois à Paris. Le principal et les premiers clercs d'avoué ou de notaire se voient, en effet, allouer le cinquième ou le dixième seulement du produit net de la charge ; usage encore trop rare si l'on songe aux bénéfices énormes que produisent de nos jours ces études.

Quelle est la valeur juridique d'une telle clause ? quelle est sa nature ? question très intéressante de la solution de laquelle dépend la validité de toute la convention. Très discutée autrefois elle ne semble plus faire aucun doute aujourd'hui.

D'après Laurent il faut prononcer la nullité de cette stipulation en raison des conséquences possibles auxquelles elle peut amener. « C'est, dit-il, à raison des abus presque inévitables, auxquels donnent lieu ces associations, qu'elles sont contraires à l'ordre public : elles introduisent l'esprit de trafic, de spéculation, de cupidité, dans l'exercice d'un ministère qui ne doit avoir en vue que le strict accomplissement de fonctions, qui éclairent la justice et qui, par suite, ne doivent

avoir d'autre mobile que le sentiment du devoir (1). » Guillouard considère aussi cette participation comme illicite et violant les articles 1108 et 1133 du Code civil. Il ne conteste pas l'absence de toute société, mais il n'admet même pas le louage de services. L'officier ministériel doit bien viser à un salaire légitime, mais « il doit avant tout se préoccuper de remplir honora-
« blement sa fonction, de se conformer scrupuleuse-
« ment aux règles et aux traditions de sa corporation,
« et il sera soutenu dans cette tâche par un double sen-
« timent celui de sa dignité et celui de sa responsa-
« bilité » (2).

Du jour où le clerc sera intéressé, il n'aura d'autre but que la recherche du gain ; et se trouvant exempt de responsabilité, il mettra tout en œuvre pour que la charge produise son maximum. Il n'y aura pas de basses compromissions auxquelles il ne se livrera pour atteindre son but. D'autre part la charge devenant souvent une sinécure elle sera recherchée par les officiers ministériels révoqués, les agents d'affaires plus ou moins tarés et dès lors la dignité, l'honneur de la charge, la meilleure sauvegarde du public disparaîtra.

Néanmoins nous ne croyons pas devoir admettre cette manière de voir. L'on ne peut pas juger de la validité juridique d'une convention par la qualité des par-

(1) Laurent. XXVI, n° 460.

(2) Guillouard. *Contrat de société*, n° 45.

ties à intervenir en certains cas ; il faut rester sur le point exclusif du droit. Si de tels abus peuvent se produire dans la pratique, la chambre de discipline, le ministère public ne sont-ils pas là pour remettre toutes choses en ordre ? Non, la convention est licite et qui plus est ne peut être qu'un louage de services.

Ce ne peut pas être, en effet, une société. C'est une conséquence du principe consacré par l'article 1833 du Code civil, dont la doctrine et la jurisprudence ont toujours fait l'application. Les offices ne sont point dans le commerce ; seule est laissée à la partie venderesse la faculté de présentation réglementée par la loi du 28 avril 1816. Si la doctrine admit quelques opinions divergentes jusqu'en 1835, la jurisprudence est toujours restée fidèle à sa manière de voir. Le caractère de la charge, la responsabilité quelquefois énorme qu'elle entraîne, la confiance qu'elle doit inspirer au public, aux familles dont elle peut connaître la vie intime, s'opposent absolument à ce que l'amour du gain en fasse une véritable exploitation soumise à toutes les exigences de la concurrence. Le but est illicite ; donc la société ne saurait exister (1).

Une seule dérogation a été faite à ce principe par la loi du 2 juillet 1862. Elle a autorisé les agents de change près les bourses pourvus d'un parquet, à s'associer des bailleurs de fonds qui participent dans une certaine me-

(1) Cass., 24 août 1841, S. 42, 1, 69 ; 2 juillet 1861, S. 61, 1, 717.

sure au partage des bénéfices ainsi qu'à la liquidation générale de la charge.

Désormais la convention ne pouvant pas être une société, nous pouvons fort bien, d'après l'article 1157 du Code civil l'assimiler à un simple louage de service. Lorsqu'une stipulation, en effet, peut prêter à deux interprétations différentes, le juge doit la solutionner dans le sens où elle produira quelques effets, de préférence au sens dans lequel elle devrait rester lettre morte. De plus le clerc intéressé reçoit une rémunération, spéciale il est vrai, mais qui ne saurait en rien changer sa qualité de subordonné et lui donner des droits sur la gestion de la charge. Le patron n'a, d'autre part, jamais eu l'intention de les lui octroyer. La controverse, du reste, a complètement cessé aujourd'hui, et le clerc, même intéressé, reste toujours un simple clerc.

Les principes que nous venons d'admettre vis-à-vis de l'employé intéressé nous amènent à critiquer une nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation. La question, très délicate, a fait couler des flots d'encre et ne se trouve pas encore résolue. Il s'agit de la détermination de la nature juridique des parts de fondateurs. Qu'est-ce qu'une part de fondateur, dans quelles conditions sont-elles établies, quels sont les droits qu'elles confèrent et comme la loi ne les réglemente pas à quel contrat les rattacher ? Questions fort complexes et qu'il serait trop long de traiter dans le détail sans sortir de notre sujet. Mais par suite de l'analogie étroite qui lie

le porteur de parts de fondateur à l'employé intéressé et des solutions différentes admises par la jurisprudence pour déterminer la nature de leur convention, nous donnerons un aperçu général de l'état actuel de la question et discuterons la théorie de la jurisprudence.

« La part de fondateur, est d'après d'excellente définition, de notre maître, M. Wall, un titre attribué gratuitement ou en échange de services, et donnant droit à une quote-part des profits de la société sans faire partie de son capital. » C'est la façon la plus ordinaire de rémunérer les bonnes volontés, les travaux, quelquefois considérables que nécessitent les grandes sociétés à leur formation, les études techniques, les premières démarches, les pourparlers, le placement des actions, etc., tous travaux n'étant pas suffisants pour être payés en actions d'apport. Voilà pourquoi la pratique imagina de rémunérer ces fondateurs en leur donnant un tant pour cent sur les bénéfices, appelé part de fondateurs.

L'on a émis de nombreuses théories pour déterminer la nature juridique de ces parts de fondateur. Pourrait-il en être autrement alors que les textes sont absolument muets sur la question. Nous sommes, en effet, ici en présence d'une institution inventée de toutes pièces par la pratique pour satisfaire certains intérêts spéciaux. L'on est donc obligé de recourir au droit commun pour en définir les caractères principaux et la rattacher à quelque institution positive du droit civil.

C'est cette étude qui a donné lieu à de nombreuses difficultés.

Une première opinion, et celle qui nous paraît la plus juridique, soutient que la part de fondateur n'est qu'un droit de créance. Pourrait-il en être autrement si l'on analyse exactement les faits. Certains, et ce sont les partisans de l'opinion adverse, ont soutenu que la part de fondateur était une action et partant que les porteurs des dites parts avaient les droits d'associés. Or le contrat de société est, nous l'avons vu, soumis à des règles strictes, dont les parties ne peuvent pas s'éloigner. La première règle nécessaire est la volonté de former une société, autrement dit l'*affectio societatis*. Or il est impossible d'admettre qu'en attribuant à certaines personnes des parts de fondateur l'on ait eu l'intention d'en faire de véritables associés. Tous les faits s'y opposent. Ces porteurs de parts ne peuvent participer en rien à la gestion de l'affaire ; ils ne peuvent point participer en aucun cas aux assemblées d'actionnaires ; ils sont tenus de se soumettre aux statuts et enfin ils doivent accepter toutes les modifications statutaires que votera l'assemblée. La volonté de former une société est donc complètement absente.

D'autre part, les éléments constitutifs de la société font tous défaut. L'article 1855 du Code civil exige la participation aux pertes. Or ici elle fait complètement défaut. Le porteur de parts n'a droit qu'à un tant pour cent des bénéfices ; là est son seul et unique droit. L'on

ne peut pas objecter qu'au cas d'absence complète de bénéfices le porteur de parts subit une perte. Il manque seulement de réaliser un gain, car comme il n'a rien versé il ne perd rien ; il est dans la même situation qu'un créancier ordinaire (1). Donc dire que le « porteur de part participe aux pertes en ne tirant aucun profit de son apport (2) » c'est commettre une pétition de principe, car l'on s'appuie sur ce qu'il est associé pour démontrer qu'il a cette qualité (3). Néanmoins MM. Houpin et Percerou soutiennent qu'il y a participation avec pertes et société.

Enfin, et nous avons réservé ce point de vue le plus délicat pour le dernier, le porteur de parts de fondateurs n'a point fait d'apport ou de versement. Or la loi du 24 juillet 1867 exige un versement et un versement intégral pour chacun avant la constitution définitive de la société. Donc point d'apport, partant point d'action, point de société. Néanmoins il faut concéder à la partie adverse que quelquefois la part de fondateur peut être attribuée en échange d'un versement. La chose est possible et peut se produire accidentellement ; mais alors elle ne peut « en rien changer la nature du titre » nous dit M. Wahl. D'un côté, en effet, le versement est essentiel ; de l'autre il ne l'est pas. De plus ce versement ne saurait porter sur le capital ;

(1) Lyon, 12 novembre 1900, *Monit. jud. de Lyon*, 12 février 1901.

(2) Genévois. *Rev. trim.* 1897, page 13.

(3) Wahl. *Sire*, 1898, II, 89, en note.

« l'admettre, ce serait confondre le capital avec les
 « fonds versés à la société ; l'obligation verse aussi une
 « somme d'argent, mais cette somme n'entre pas dans
 « le capital de la société ; le capital comprend exclusi-
 « vement les actions. Voit-on rien de ce genre dans les
 « parts de fondateurs ? »

Donc les caractères essentiels de la société faisant absolument défaut, on ne saurait voir dans la part de fondateur une société.

L'on peut encore invoquer d'autres raisons pour différencier ces deux institutions, soit au point de vue du remboursement du capital, soit au point de vue de l'assistance aux assemblées générales, qui sont accordés à l'actionnaire et refusés au porteur de parts de fondateurs.

Les partisans de la part action soutiennent encore que celui qui reçoit une part de fondateur ne saurait être considéré comme étranger à la société. C'est lui qui le premier a eu l'idée de la former ; c'est lui qui en a dressé les statuts, qui a recueilli les fonds, qui en un mot a lancé l'affaire. Il est donc juste de le considérer comme associé (1).

M. Thaller qualifie ces parts, d'actions d'apport ; d'autres auteurs, d'actions de jouissance. Peu importe le nom, le fond et l'idée sont toujours les mêmes.

(1) Chavegrin. Sirez. 1888, 1, 419. — Thaller, nos 520 et 521, D. 1899, II, 362.

Enfin Dalloz et Genevois considèrent la part de fondateurs comme un litre *sui generis*, ayant des règles propres et qui n'est ni action ni obligation, une participation basée sur celles que définit l'article 48 du Code de commerce et qui ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés. Cette théorie semble pousser un peu les choses à l'extrême. Elle n'hésite pas pour trancher la question à créer un droit particulier, droit nouveau que l'on ne rencontre point dans la division des droits telle que nous la présente le code. Bien plus, ce serait un droit *sui generis* tout en rentrant dans les droits reconnus par la loi. Il est inutile de s'arrêter à une si singulière théorie.

Certains arrêts de jurisprudence sont venus corroborer notre manière de voir (1). La Cour de Lyon affirme la même doctrine dans un jugement du 14 mai 1901 :
« La part de fondateur représente non pas une créance
« sur la société, mais seulement une créance sur la
« part de bénéfices arrêtés par les actionnaires. »

Nous pouvons donc conclure que la part de fonda-

(1) J. S. 1894, 301 ; D. 1895, 2, 299, 24 septembre 1894 ; 1895, 2, 297.
« Attendu que les parts bénéficiaires ne représentent aucune fraction du capital social ; qu'elles ne représentent aucun droit d'ingérance dans les affaires de la société ; que leur forme n'est pas définie par la loi, qui est muette à leur égard ; que la société est maîtresse d'en fixer le nombre et la valeur, aussi bien que dans régler la cession, soit dans la forme applicable aux actions, soit dans la seule forme prescrite par le Code civil, pour la réalisation des droits incorporels ; d'où il suit que les titres dont il s'agit ne sont pas des actions. »

teur est une véritable créance, solution réclamée par tous les principes juridiques.

Jusqu'en 1904 la Cour de cassation n'avait jamais eu l'occasion de se prononcer directement sur la question. Elle a pris parti le 16 novembre 1904 en consacrant la théorie opposée à la nôtre. Depuis elle est toujours restée fidèle à sa manière de voir. Il nous a semblé intéressant de voir les raisons qui l'ont déterminée, car cet arrêt fait date dans la question.

La décision de la Cour est intervenue à propos d'une question de droit fiscal. En cette matière, le dividende fourni au porteur de parts étant aléatoire, on conçoit aisément que la jurisprudence assimile celle-ci aux actions. Mais là devait s'arrêter le rapprochement. L'arrêt, au contraire, semble proclamer en règle générale la similitude des deux titres.

Le droit de toucher des dividendes et celui de céder un titre sont les caractéristiques de l'action. Or comme les parts de fondateurs participent de ces deux qualités, l'on doit conclure à leur similitude. D'autre part les éléments de l'action, c'est-à-dire le droit de partager le fonds social et le droit d'assister aux assemblées générales ne sont pas exclusivement attachés à l'action, car il y a des actions qui n'en jouissent pas. C'est ce qui a lieu pour les actions industrielles. Et les actionnaires qui n'ont point un nombre suffisant d'actions ne peuvent assister aux assemblées. Donc tout en ne renfermant point ces deux éléments, la part de fondateur est bien

une action. Telles sont les raisons données par l'arrêt de cassation. Malgré tout ce qu'il a de séduisant nous ne croyons pas avec M. Wahl qu'il soit exempt de toutes critiques.

Tout d'abord le droit de toucher des dividendes ne suppose pas nécessairement l'existence d'une société. Nous l'avons étudié longuement soit à propos du prêt, soit à propos du louage de services. La seule clause de participation aux bénéfices n'est point suffisante pour déterminer l'existence d'une société. Or, ici nous sommes en présence d'une situation identique.

Le porteur de parts de fondateurs est assimilable à un employé intéressé. Dans les deux cas il y a rémunération, et rémunération aléatoire proportionnée aux bénéfices réalisés par l'entreprise, sans aucune participation aux pertes. D'autre part, en aucun cas, il ne participe aux prérogatives de l'associé. Sans doute l'employé intéressé joue un rôle plus actif, plus utile dans la marche de l'affaire ; sans doute il n'a pas contribué à la formation de la société et il se trouve lié par un contrat de louage alors qu'il n'en est rien pour la part de fondateur. Mais les adversaires eux-mêmes de notre opinion reconnaissent malgré tout la grande analogie qui unit les deux institutions (1). Or, la jurisprudence qui admet que l'employé intéressé n'est pas un associé, devrait consacrer la même solution pour la part de fondateur.

(1) Thaller, D. 1899, 4, 361.

C'est une conséquence logique des principes qui le nécessite. Et il nous semble, c'est ce que nous avons voulu surtout faire remarquer, qu'elle a mis quelque bonne volonté à vouloir entrer en contradiction avec elle-même. Nous croyons, à la suite de nombreux auteurs, qu'elle a fait fausse route et nous espérons qu'une réforme législative, mettant fin à toutes ces controverses de doctrine et de jurisprudence, donnera droit de cité à l'institution, et cela dans le sens que nous indiquons, le seul qui paraisse conforme aux règles du droit civil.

Le second point de vue envisagé par la Cour de cassation n'est pas plus probant. La cessibilité ne saurait faire de la part du fondateur une action. Beaucoup d'autres titres sont négociables sans être pour cela des actions. Et pour n'en nommer qu'un, nous citerons les obligations. Les deux principales raisons alléguées par la Cour de cassation ne sont donc pas péremptoires.

D'autre part tout actionnaire a le droit d'assister aux assemblées générales ; c'est un droit absolu pour eux. Or les porteurs de parts de fondateur ne peuvent pas y assister. Donc objecterons-nous à l'arrêt de la Cour ils ne peuvent être associés. L'arrêliste ne semble pas avoir réfuté suffisamment notre objection en prétendant que certains actionnaires n'ont pas le droit d'assister aux assemblées.

Si les statuts exigent un certain nombre d'actions, répondrons-nous avec M. Wahl, pour participer aux

assemblées, chacun a l'espoir de pouvoir réunir ce nombre soit par l'achat, soit par voie de cession faite par les actionnaires qui ne peuvent point assister à l'assemblée. Leur titre leur donne le droit absolu d'y assister. Au contraire le porteur de parts de fondateurs ne pourra jamais assister à une assemblée d'actionnaire, quel que soit le nombre de ses titres. De plus, l'actionnaire qui possède et des actions et des parts de fondateurs, ne peut point les additionner pour arriver au chiffre exigé par les statuts. Ce sont des titres de nature différente.

Enfin une dernière objection peut être faite. Les actions sont remboursables ; les parts de fondateurs jamais. Donc dissemblance absolue entre ces titres. Mais, répond la Cour de cassation, il y a des actions qui ne sont pas remboursables, telles, par exemple, les actions de jouissance. Sans doute, dirons-nous, elles n'ont aucun droit au remboursement ; mais pour cause, ce dernier a déjà été fait, et ce nom d'action de jouissance ne leur a été donné que pour le rappeler au porteur. Elles ont donc une même nature que les actions ordinaires (1).

A côté de la question générale que nous venons d'étudier se pose une autre question très intéressante par la controverse qu'elle soulève encore aujourd'hui entre la jurisprudence et certains auteurs.

(1) Wahl. S. 1906, 4, 50.

Les parties, avons-nous vu, sont libres de faire telle ou telle stipulation qui leur plaît, de stipuler un tant pour cent dans les bénéfices, convention qui n'entraîne, en général, aucune responsabilité des pertes. Mais que devons-nous décider au cas où elles auraient stipulé que l'employé participera aux pertes en même temps qu'aux bénéfices. Est-ce que cette nouvelle clause, qui est de l'essence même de la société, ne va pas changer la nature de la convention et faire un véritable contrat de société. Les auteurs ne sont pas tous d'accord sur ce point.

D'après certains le critérium de la distinction entre la participation et la société, est cet état de dépendance, de subordination dans lequel se trouve toujours l'employé (1). Bien que participant aux bénéfices, il reste toujours dans la même situation, nous l'avons démontré. Ce ne sera donc pas la seule stipulation de participation aux pertes qui pourra la changer, si une clause formelle n'en fait pas un associé en lui en conférant tous les droits. L'induction n'est pas possible, car l'intention des parties de former une société n'est pas suffisamment plausible. D'autre part il n'y a aucune incompatibilité juridique entre la participation et le louage d'ouvrage.

Néanmoins cette appréciation ne nous paraît pas en dehors de toute critique et la solution admise par la

(1) Guillouard. Lyon-Caen et Renault : *Droit com.*, II, 61.

Cour de cassation nous paraît bien préférable. La théorie incriminée nous semble faire une fausse application du contrat de louage. Qu'est-ce, en effet, que celui-ci ? C'est un contrat, nous dit le Code civil, par lequel l'employé s'engage à fournir son industrie, son travail mais rien que cela, en échange d'une rémunération proportionnelle qui peut affecter, nous l'avons vu, différentes formes. Mais si par une clause du pacte qui le lie au patron, il s'engage à participer aux pertes de celui-ci, le but n'est plus le même, le contrat change de nature. En s'engageant ainsi, il s'impose le versement de la somme représentant le déficit ; il associe ses chances à celles de l'entreprise et dès lors n'est plus un simple employé. D'autre part son état de dépendance n'est plus aussi absolu. Devant participer aux pertes, il doit, c'est son droit le plus strict, veiller aux affaires, s'opposer à celles qui pourraient être désastreuses, qui pourraient l'amener à engager ses propres biens, ce premier point étant la conséquence nécessaire, juridique du second. Aussi concluons-nous en ce cas à l'existence d'une société, tous les éléments de ce contrat étant présents. L'opinion contraire est amenée forcément à nier ces résultats qui cependant sont de toute évidence. Néanmoins ils admettent que les parties peuvent décider que la convention est une société ; mais n'est-ce pas faire l'aveu du peu de solidité de leur argumentation, voire même de la contredire absolument ; car si la simple stipulation de société suffit à changer la nature du con-

trat, ne peut-on pas, en son absence, l'induire de l'ensemble de la convention. En effet, à elle seule elle ne suffirait point à former le contrat de société ; elle peut donc être tacite. Puis c'est reconnaître en même temps que cet état de subordination de l'employé vis-à-vis de son patron disparaîtrait par là même ; la contradiction est donc flagrante. La Cour de cassation a eu maintes fois à juger en pareille circonstance. Et toujours elle a nettement affirmé que la réunion des deux clauses de participation suffisait à faire déterminer l'existence d'une société, car la première peut laisser supposer l'existence d'un apport social exposé aux chances de l'entreprise, en l'espèce le travail, l'industrie de l'employé ; la seconde est l'indice de l'intention des parties de vouloir former un contrat de société (1).

Dès lors pouvons-nous affirmer que la clause de participation aux pertes est une preuve certaine de l'existence d'une société, par ce seul fait qu'elle est jointe à la clause de participation aux bénéfices et qu'il n'y a pas de clause contraire. Ce sera au juge à rechercher si les parties ont établi cette participation aux pertes, afin qu'ils puissent déterminer la nature de la convention.

Les tribunaux de commerce ont maintes fois appliqué la même théorie : « attendu que ceux-ci ne sont pas de simples commis intéressés, puisqu'ils avaient une part

(1) S. 93, 1, 299.

égale dans les bénéfices et qu'ils supportaient une part égale dans les pertes » (1).

La théorie que nous venons d'étudier et qui est celle de notre maître M. Wahl, nous semble la plus précise, la plus conforme aux principes juridiques ; c'est partant celle qui doit être admise.

Néanmoins certains auteurs la trouvent par trop excessive, trop absolue et admettent que d'autres circonstances peuvent en détruire la valeur. Tel sera le cas où les parties auront formulé des clauses de l'essence du contrat de louage, telles que le renvoi du commis au gré du patron, le retrait pour celui-ci de tout contrôle de la gestion. Dès lors il semble résulter de l'ensemble de la convention que les parties ont bien voulu faire un simple louage de service. Que décider ? Selon nous cette solution est par trop restrictive, car il est impossible de faire participer un employé aux pertes ; c'est une clause absolument exclusive du louage, tandis que ces deux stipulations peuvent à la rigueur s'adopter à un contrat de société.

Ainsi que nous l'avons étudié dans notre première partie, le contrat de société est soumis à des règles fixes, dont les parties ne peuvent pas se départir impunément. Il appartient donc à la Cour suprême de veiller à ce que les conventions ne violent point ces règles, mais en fassent toujours une exacte application. Toute-

(1) *Journ. jurispr. Marseille*, 1865, 43, 163.

fois la Cour de cassation semble avoir admis une théorie dont nous ne saurions consacrer tous les éléments. Lorsqu'une convention, semblable à celle que nous étudions est soumise à sa juridiction, elle se retranche invariablement derrière le pouvoir des juges du fait, et évite toujours de se prononcer. Nous ne croyons pas que l'on puisse ainsi s'en tenir à l'ensemble d'une convention pour en déterminer la nature, et que de simples circonstances de fait fassent l'opinion de l'interprète. Si l'on veut voir dans la convention une société, il faut que cette convention renferme tous les éléments d'un tel contrat; la loi l'exige. Tels sont les principes qui doivent prédominer et non point la qualification donnée par les parties, des circonstances de fait plus ou moins arbitraires, des déclarations fantaisistes ou même fausses.

Dès lors la Cour de cassation doit examiner si cette interprétation des juges du fait est conforme aux règles du droit civil et ne point s'en remettre à leur appréciation souveraine. En agissant autrement, la Cour semble abandonner son rôle et sa fonction qui est de veiller à la bonne interprétation des lois.

De toutes les considérations que nous venons d'étudier, nous pouvons conclure que la participation de l'ouvrier aux bénéfices réalisés par l'entreprise ne change point sa situation et n'en fait pas l'associé du patron. La convention sera donc un louage de service et ce seront les règles de ce contrat qui devront être

appliquées. Voyons donc comment la jurisprudence de plus en plus libérale et conciliatrice les a appliquées, cherchant ainsi à ramener l'harmonie entre le travail et le capital. Telle sera l'objet de notre troisième chapitre.

CHAPITRE III

CONSÉQUENCES TIRÉES DE LA NATURE DE LA CONVENTION DE PARTICIPATION AUX BÉNÉFICES.

La détermination exacte de la nature de la convention de participation aux bénéfices offre un intérêt pratique considérable. Les rapports qui lient les parties seront, en effet, fort différents suivant qu'il y aura soit société, soit louage de service.

Au cas de société, les parties sont toutes sur le même pied d'égalité, en ce sens qu'elles participent toutes au partage des bénéfices et des pertes, et qu'elles jouissent d'un certain droit d'ingérence dans la marche générale de l'affaire. Dans le louage de services, au contraire, le commis reste sous la dépendance entière du patron. Il lui doit son travail, son industrie, dans les conditions déterminées tandis que celui-ci propriétaire, maître de l'entreprise, conserve la direction générale et ne doit au commis que son salaire. Dès lors l'employé ne peut représenter le patron, en agissant en son nom, vis-à-vis des tiers, sauf au cas de mandat. La faillite du patron ou sa liquidation judiciaire n'atteint

en rien le commis qui a toujours droit à son salaire échu, ainsi qu'à son salaire fixe. Quant à la part de bénéfices, il y a droit alors même que les créanciers ne seraient pas désintéressés. Il est protégé en ce cas par le privilège de l'article 549 du Code de commerce qui est général et de même rang que celui qui est établi par l'article 2101 du Code civil et qui porte sur les bénéfices réalisés pendant les trois mois qui ont précédé le jugement déclaratif de faillite. La créance de dividendes d'un associé n'est garantie par aucun privilège. De cet état de subordination, il résulte que le patron peut à son gré augmenter la part de bénéfices de chaque commis et même en admettre d'autres à la participation, sans que le commis ne puisse élever aucune réclamation. Au cas de société, il ne pourrait pas en être ainsi, toutes les parties étant liées jusqu'à la fin du même contrat et ne pouvant le dissoudre que d'un commun accord.

L'action des ouvriers pour le paiement des salaires qui leur sont dus se prescrit par six mois (art. 2271) ; celle des employés par trois ans (2277). Au cas de créance née du contrat de participation, il y a lieu d'appliquer les mêmes délais.

S'agit-il d'une société commerciale, la convention doit être soumise aux formalités de publicité ayant pour but de porter les statuts à la connaissance des tiers (loi du 24 juillet 1867). Au cas de louage de services avec participation aux bénéfices, il n'y a point de formalités

d'exigées, les parties se lient comme elles l'entendent, sauf à se réserver un moyen de preuve.

Le commis a droit au repos hebdomadaire, en vertu de la loi de 1906, tandis que les associés ne peuvent point participer à ce bénéfice. « Attendu, dit un arrêt, qu'aux termes, des articles 1 et 2 de la loi du 13 juillet 1906 les personnes qu'il est interdit d'occuper plus de six jours par semaine dans un établissement industriel ou commercial, et auxquelles le repos hebdomadaire doit être le dimanche, sont les employés et ouvriers, et que ces dispositions ne sauraient s'appliquer aux associés (1). »

Enfin la loi du 20 janvier 1895 a décidé « que les salaires des ouvriers et des gens de service sont saisissables jusqu'à concurrence du dixième, quel que soit le montant de cessalaires. Les appointements ou traitements des employés ou commis ne sont également saisissables que jusqu'à concurrence du dixième lorsqu'ils ne dépassent pas 2,000 francs par an ». Dès lors la part de bénéfices de chaque commis ne peut être considérée comme saisissable que dans cette même proportion. Les associés voient leurs dividendes échapper à ce privilège.

Telle sont brièvement énumérées les principales conséquences à tirer de la distinction des deux contrats. Il existe cependant trois points de vue très important au sujet desquels se sont élevées quelques difficultés.

(1) *Pandectes françaises*, 1907, 4, 128.

Pour les mettre davantage en lumière, nous les étudierons en trois sections différentes. Il sont du reste l'œuvre de la jurisprudence, au moins pour deux d'entre eux, n'étant pas en principe une conséquence du contrat de louage.

PREMIÈRE SECTION

Du congédiement.

L'employé intéressé étant dans la même situation que le commis à salaire fixe, peut être congédié purement et simplement par le patron aux termes de l'article 1780 du Code civil. Toutefois distinguons si la convention contient un engagement pour un terme fixe ou bien si elle est faite pour une durée indéterminée. Au premier cas les deux parties sont liées mutuellement et leur commun accord est nécessaire pour mettre fin au contrat. Si l'une d'elles passe outre, l'autre aura le droit de lui demander des dommages et intérêts pour rupture de contrat. Elle n'agira en cela que dans les termes de la plus stricte légalité ; et aucune difficulté ne saurait s'élever. Ce cas est du reste le moins fréquent, tout employeur engageant en général ses ouvriers à tant par jour ou par heure de travail, et sans durée fixe. Nous arrivons ainsi à notre seconde hypothèse la plus intéressante.

Ici les droits des parties ne sont plus du tout les mêmes. Le patron peut mettre fin au contrat quand il le veut ; sa volonté est souveraine. Toutefois, le second alinéa de l'article 1780 du Code civil, modifié par la loi de 1890, ajoute que la résiliation peut donner lieu à des dommages et intérêts de la part de la partie qui demande la résiliation (1).

Pour bien comprendre la portée de la réforme nouvelle, il n'est pas inutile de jeter un coup d'œil en arrière pour voir ce que décidaient la jurisprudence et la doctrine.

Avant 1890, le droit de résiliation par un des contractants ne peut donner lieu à des dommages et intérêts. Il n'y a lieu à une indemnité qu'au seul cas où celui qui résilie a manqué à une convention, à un usage, en un mot a exercé son droit dans des conditions abusives. Dès lors, c'est au demandeur de cette indemnité à fournir la preuve de la faute de l'autre partie ; et cela pour deux raisons. Tout d'abord la faute ne se présume jamais ; et d'après les principes généraux de notre droit, tout demandeur doit établir le bien-fondé de sa réclamation. Telle était la théorie de la jurisprudence avant la réforme de 90.

(1) Article 1780 du Code civil (Loi du 27 décembre 1893). « Le louage de services fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages intérêts. »

Dès lors, le Conseil des prud'hommes a voulu donner à cet article remanié et complété une portée nouvelle. Il a admis que le patron serait passible de dommages et intérêts par ce seul fait qu'il aurait renvoyé son ouvrier sans délai-congé. D'autre part l'ouvrier n'aurait pas à prouver la faute du patron; mais il obtiendrait de droit des dommages et intérêts, si le patron ne pouvait pas établir qu'il avait eu de justes motifs de rompre le contrat existant. C'est le renversement de toute la doctrine précédente et la mise aux mains de l'ouvrier d'une arme considérable, puisque tout le fardeau de la preuve retombe sur le patron. C'est une dérogation très grave aux règles du droit commun, puisque le patron défendeur doit arguer de sérieux motifs dont l'appréciation est laissée aux prud'hommes. C'est aussi la théorie admise par M. Planiol dans une note au Dalloz (1).

Toutefois la Cour de cassation ne semble pas être entrée dans cette voie. Elle a donné une toute autre signification à la loi de 1890, M. Sauzet, dans un remarquable article paru aux *Annales de Droit commercial*, en 1891, a très nettement dégagé la portée de la loi. Loin de vouloir innover, la loi a voulu consacrer législativement les principes posés par la jurisprudence de la Cour de cassation. Bien que les travaux préparatoires ne fournissent pas de grands éclaircissements sur

(1) D. 93, 2, 377 (note).

la question, leur ensemble laisse cependant entrevoir le véritable jour sous lequel la question doit être envisagée.

Le rapport de M. Cuvinot ne laisse aucun doute à cet égard : « ce que votre commission vous propose, c'est de consacrer par un texte de loi les décisions antérieures de la jurisprudence » (1). La Chambre ne partageait point cette manière de voir et voulait sauvegarder les intérêts des ouvriers incapables, disait-elle, de discuter librement avec les compagnies les conditions de leurs engagements. Le projet fit plusieurs fois la navette entre les deux assemblées ; puis la Chambre se rangea à l'avis du Sénat et l'ensemble du texte fut voté. Chaque contractant est absolument libre de rompre *ab nutum* la convention. Puis le second alinéa dispose que l'exercice de ce droit n'est susceptible de donner lieu à des dommages-intérêts qu'autant que les circonstances dans lesquelles est intervenue la dénonciation lui impriment le caractère d'un abus constituant une faute d'une nature particulière. Dès lors c'est à la partie plaignante à établir qu'il y a eu abus, à en rapporter la preuve. M. Humbert, président de la Commission, résumait très bien la portée de la loi lorsqu'il disait : « que la résiliation ne pourrait pas être faite d'une manière contraire à l'équité sans donner lieu à des dommages-intérêts. Voilà l'idée fondamentale ».

(1) Rapp. 25 juin 1883. *Journ. off.*, 1883, Doc. parl. 260.

Enfin les deux raisons juridiques émises en faveur de la jurisprudence antérieure conservent ici toute leur force.

Tels sont les principes généraux qui semblaient ressortir de l'ensemble de la loi, principes dont la Cour de cassation a toujours fait l'application (1).

D'autre part la loi de 1890 a élargi le champ d'application des éléments constitutifs de la faute ; elle est devenue plus libérale pour l'ouvrier. Il est impossible de donner une règle absolue pour déterminer exactement cette faute. L'on ne peut admettre qu'une solution variant avec chaque espèce : usages méconnus, inobservation de certains délais ou de certaines conditions auxquelles les parties s'étaient volontairement soumises, intention de nuire chez celui qui brise la convention ; en un mot ce sera de l'examen approfondi des circonstances relatives à chaque espèce que l'interprète pourra faire ressortir la faute. C'est au juge de fond à apprécier souverainement l'existence de la faute, sous le contrôle absolu de la Cour de cassation.

Telles sont les règles juridiques applicables à l'employé intéressé dont le contrat est rompu par la seule volonté de l'employeur. La jurisprudence a eu maintes fois l'occasion de le confirmer (2). « Attendu que le « chef d'un établissement industriel a le droit de faire

(1) Cass. D. 93, 1, 474 ; 94, 1, 231 ; 7 juillet 1909, D. 1909, 1, 428 ; 18 mai 1909, D. 1909, 1, 484.

(2) S. 1818 ; 2, 132.

« cesser à l'instant les services de son employé, sauf
 « indemnité, s'il y a lieu au profit de ce dernier. — At-
 « tendu d'une part que l'intérêt accordé à un employé
 « à titre de participation ne change point sa position,
 « qu'il ne devient point un associé, qu'il reste et de-
 « meure légalement un employé soumis aux conditions
 « de cette situation. — Attendu d'autre part, que le
 « patron qui congédie son employé n'est point tenu de
 « justifier d'une cause légitime, que ce droit est absolu,
 « que c'est ainsi que dans des cas analogues, le maître
 « peut résilier par sa seule volonté le marché à forfait
 « (art. 1794 Code civil). — Que le mandant peut révo-
 « quer sa procuration quand bon lui semble (art. 2004
 « du Code civil) alors même qu'il s'agit d'un mandat
 « salarié et avant l'expiration de la durée du mandat ;
 « que dans ces cas divers tout se résoud à une gestion
 « d'indemnités, s'il viennent à décider que l'engagement
 « a été rompu sans motifs valables » (1).

« Attendu, dit un autre arrêt, que le louage de ser-
 vices fait sans détermination de durée peut toujours
 cesser par la volonté d'une des parties, et que cette
 résiliation ne donne lieu à des dommages-intérêts, que
 dans le cas où la partie qui en est l'auteur, a usé de
 son droit d'une façon abusive et préjudicielle (2) ».

L'employé congédié a droit à la somme des salaires

(1) *Journ. trib. com.*, 24 janvier 1873, tome XXII, page 225, et
 tome XXVII, page 186.

(2) 1901, 4, 264, D.; 1903, 4, 480, D.; 1903, 4, 552, D.

échus à ce jour, plus sa part proportionnelle de bénéfices. Néanmoins on ne saurait, pour l'évaluation de cette dernière, lui reconnaître le droit d'exiger le partage de l'actif de son employeur. Il a seulement le droit, un arrêt de Bordeaux le lui reconnaît, de demander ce qui lui revient, au recouvrement de chaque créance. L'arrêt l'autorise même à demander, chaque année, un état des recouvrements effectués, pendant le cours de la dite année (1). C'est la conséquence directe et absolue de son droit de participation.

DEUXIÈME SECTION

Droit de vérifier les inventaires et d'obtenir communication des livres.

L'employé auquel le patron a concédé une part dans les bénéfices réalisés par l'entreprise a, par tous les moyens du droit commun, le droit de l'obliger à remplir son obligation. Lorsque les deux parties seront de bonne foi, aucune difficulté ne saurait s'élever, le commis s'en rapportant aux chiffres avoués par le patron. Il en sera de même lorsque le patron se sera seulement engagé à donner à l'ouvrier une somme déterminée à

(1) Bordeaux. Recueil 94, 1, 173.

prendre sur les bénéfices. Il y a ici, comme nous l'avons vu, une simple libéralité qui ne donne naissance à aucun droit. Mais de toute autre nature est la question, lorsqu'un véritable contrat est intervenu entre les parties, lorsqu'un taux de participation est la rémunération du travail de l'employé. Il y a contrat synallagmatique et partant obligation des deux côtés. Dès lors le commis a le droit de vérifier si le patron ne le frustre pas, si la somme de bénéfices qu'il avance est bien conforme à la vérité. La question sera d'autant plus délicate et difficile à résoudre que le commis témoigne presque toujours d'une certaine méfiance vis-à-vis de son employeur. Quels sont donc les moyens que la loi lui donne à l'effet de vérifier l'exactitude du chiffre des bénéfices? Nous devons distinguer suivant que le patron est ou non commerçant. S'il ne l'est pas, l'employé peut user de tous les moyens de droit commun. En l'espèce, il devra rapporter l'aveu du patron ou lui déférer le serment (art. 1361). Ce sera la seule manière d'agir, à moins qu'il n'ait au moins une preuve écrite de la fausseté de sa déclaration. Avant l'abrogation de l'article 1781 par la loi du 2 août 1868, le maître devait être cru sur son affirmation. C'était placer ainsi une partie à la merci de l'autre, dont on présumait la bonne foi absolue. Cette façon de voir n'était pas sans entraîner en maintes circonstances de gros inconvénients; aussi ne peut-on que se louer de sa disparition de nos lois.

En matière commerciale, l'article 1330 du Code civil nous donne un moyen de preuve spécial : c'est la communication ou la représentation des livres et inventaires du patron. Et comme depuis la loi de 1868 tous les ouvriers sont rangés sur le même principe d'égalité, nous pouvons toujours recourir à ce moyen de preuve. Ce sera du reste, très souvent le plus sûr et même le seul possible.

C'est l'article 14 du Code de commerce qui réglemente la question : « la communication des livres ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société et en cas de faillite. » Par cette communication nous devons entendre la remise complète aux mains de l'ouvrier de tous les livres, comptes, etc., afin qu'il puisse les vérifier entièrement. On l'oppose en général à la simple représentation définie par l'article 15, « qui peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend ». Il ne s'agit ici que d'une partie du compte, de celle qui est litigieuse, aussi le juge peut-il l'ordonner en toute circonstance.

Mais il semble qu'au cas qui nous occupe, cette simple représentation serait sans utilité aucune. L'employé doit recourir à l'examen complet des comptes pour établir la somme exacte des bénéfices et en déduire sa part. La connaissance d'une partie seulement de la comptabilité ne pourrait lui être d'aucune utilité ; il la

lui faut toute. Pouvons-nous conclure qu'il aura droit à cette communication ?

Une vive controverse s'est élevée à ce sujet et qui n'est pas encore résolue, la jurisprudence revenant à son ancienne façon de voir.

Certaines décisions de jurisprudence ont compris que l'article 14 du Code de commerce ne s'adressait qu'à des cas limitativement déterminés et que partant on ne pouvait point l'étendre, sans violer la loi, au cas du commis intéressé (1). C'est ce qu'a décidé récemment un arrêt fort motivé de 1905 qui ramène la jurisprudence à sa première conception de la question : « Considérant que, aux termes de l'article 14 du Code de commerce, la communication des livres ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et en cas de faillite ; que cette énumération est limitative, et qu'il n'échet d'y comprendre par extension la demande d'un employé intéressé, qui veut connaître le chiffre des affaires sur lesquelles il prétend avoir droit à une commission ; qu'en effet, l'employé intéressé, bien que participant aux opérations et aux bénéfices, ne supporte pas les pertes, qu'il n'est donc pas fondé à invoquer le bénéfice d'une assimilation avec les membres d'une société commerciale (2). » La communication des livres et inven-

(1) S. 66, 2, 21 ; S. 67, 1, 165 ; D. 77, 2, 45.

(2) D. 1905, 2, 13.

taires telle que nous l'avons définie, présente, en effet, les plus grands inconvénients pour un commerçant. Elle permet à un concurrent, ou même à un tiers, de pénétrer dans toutes les affaires du commerçant ; elle laisse dévoiler au grand jour les secrets de ses opérations, Les livres indiquent, en effet, les moyens qui lui ont servi à réaliser ses bénéfices. D'autre part la propriété de ses livres lui appartient sans partage et à l'exclusion du commis intéressé qui n'a droit qu'aux résultats acquis. L'introduire dans le secret des écritures serait commettre à l'égard de celui-là une injustice flagrante et lui causer un grave dommage. Enfin ce serait pour le commis l'occasion d'emporter pour les communiquer à une maison rivale, soit pour les exploiter à son profit les moyens d'action et les éléments de bénéfices du patron qu'il quitte. Aussi la loi poussée par ces considérations a-t-elle voulu déterminer, limiter avec grand soin les cas dans lesquels cette communication serait possible, afin de ne rien laisser à l'arbitraire des parties ou du juge. Dès lors semble-t-il qu'il est impossible d'en étendre le bénéfice à un employé intéressé. Celui-ci, en effet, nous l'avons étudié longuement, ne saurait être assimilé à un associé. Or l'énumération de l'article 14 est limitative et la jurisprudence l'interprète de la façon la plus restrictive (1). L'étendre au commis intéressé, c'est donc violer la pensée qui a dicté l'article 14. De plus au cas où cette com-

(1) D. 1894, 2, 24.

munication peut se faire, outre qu'il est nécessaire de connaître toutes les opérations faites par l'entreprise, tous les inconvénients énumérés plus haut à propos du commerçant disparaissent. Nous nous trouvons ici en présence d'associés, c'est-à-dire de gens co-intéressés, participant aux pertes et aux bénéfices et dont l'intérêt commun est de se rendre un compte exact de la situation financière de l'entreprise.

Cette jurisprudence reconnaît sans doute qu'il est rigoureux de laisser ainsi un employé à la merci de la mauvaise foi d'un patron, en l'obligeant de s'en rapporter à ses dires. Mais au fond il serait mal venu à se plaindre, puisque lui-même a accepté, souscrit cette convention. Il a témoigné ainsi de sa foi en l'honnêteté du patron. S'il s'est trompé, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même. Dès lors la seule représentation des livres serait admissible lorsque le juge la trouverait nécessaire, mais jamais la communication (1).

Si la situation du commis ne lui permet pas cette ingérence dans les affaires du patron, il est cependant impossible de lui refuser le droit de relever et rectifier les erreurs d'inventaires, qui en faussant le chiffre des profits lui feraient perdre une partie de son dû. Nous ne voulons pas dire par là que le commis ait le droit de contrôler les opérations, les actes faits par le patron en vertu de sa qualité de chef de l'entreprise. Non, il est le maître, il peut

(1) S. 68, 2, 223.

agir à sa guise (1). Il s'agit simplement ici de chiffres mal établis, d'appréciations inexactes, résultant de l'inattention, de l'inhabileté, voire même de la déloyauté du patron. L'on ne peut pas en ces cas, dénier au commis de rectifier les inexactitudes. Il est lésé, ou en danger de l'être ; on ne peut donc pas l'obliger à accepter un compte sans lui permettre d'examiner s'il est véridique ou mensonger. Ce serait revenir à l'article 1781 abrogé et faire de l'affirmation du maître une preuve absolue : « Attendu, dit la Cour de Nîmes, que pour assimiler un « commis intéressé à un associé et sans lui reconnaître le « droit de contrôler les opérations de son patron, on ne « saurait toutefois lui refuser, dans de certaines circons- « tances, et avec une juste mesure, la faculté de relever et « de rectifier les erreurs d'inventaire, qui, en faussant le « chiffre des bénéfices, lui feraient perdre, en tout ou « en partie la quote-part promise à titre d'émolu- « ment » (2).

Il importe donc de ne pas confondre le droit de contrôle avec le droit de rectification qui seul est absolu.

L'on peut même retourner contre le patron l'argument que l'on avait établi en sa faveur dans la théorie première. Il ne saurait, en effet, se plaindre d'une situation qu'il s'est créée lui-même. En donnant à son employé une part des bénéfices, il a voulu stimuler son

(1) Rennes, 24 juillet 1899. *Rec.*, Nantes, 1900, 1, 188.

(2) Nîmes, 20 juillet 1864, S. 64, 2, 354.

activité ; mais aussi en se réservant d'être indemne vis-à-vis de lui, en cas de mauvaises affaires, il s'est implicitement obligé à lui rendre des comptes, à lui fournir au moins des justifications. Si le commis agit avec discrétion et le patron avec loyauté, aucune difficulté ne saurait naître. Au cas contraire, les parties devront agir et ce sera le tribunal qui devra trancher le litige, en contrôlant lui-même les évaluations du patron (1).

Néanmoins ce droit de rectification qui découle nécessairement des principes peut être « d'une application dangereuse et il paraît sage de n'en pas abuser » (2). Les tribunaux doivent veiller à ce que le commis ne le fasse pas dégénérer en curiosité indiscreète, en vexation inutile, à ce que les inventaires, les comptes, ne deviennent pas, par suite de trop d'habileté de la part du maître, un moyen de refuser à l'employé la légitime récompense de sa peine.

Toutefois la jurisprudence ne s'est pas arrêté à cette considération qui paraissait résoudre la difficulté. Elle est allée plus de l'avant et a autorisé le commis à procéder à une véritable communication des livres et inventaires.

Elle arrive à sa solution par une distinction entre le commis placier et le véritable employé intéressé.

D'après elle le commis placier n'étant rémunéré qu'au

(1) S. 76, 1, 29 ; S. 64, 2, 235.

(2) *Revue droit com.*, année 1864, page 204.

moyen d'une seule commission proportionnelle sur les affaires qu'il traite, est sans droit pour demander la communication des livres de la société. « Attendu que
« le droit de demander la communication des livres
« d'une société ne peut appartenir qu'aux associés ou
« à ceux qui participent aux opérations, aux bénéfices
« et aux pertes de la société ; que ce droit ne saurait
« être reconnu à un simple commis placier chargé,
« moyennant une commission, de vendre des marchan-
« dises pour le compte de la société, que simple man-
« dataire, ce commis doit établir par des modes de
« preuve autorisées par la loi, l'importance des ventes
« effectuées par son entremise (1). » L'arrêt fait du
commis placier un simple mandataire obligé de fournir la preuve des opérations qu'il a faites en exécution de son mandat. Mais à quel mode de preuve pourra-t-il bien recourir ? L'empêcher de prendre communication des livres de son patron c'est, semble-t-il, lui ravir la plus simple, la meilleure. Bien que pouvant, pour chaque affaire qu'il traite, retirer un reçu ou tout autre moyen de preuve semblable, ce qui équivaldrait pour lui à la communication, il ne l'aura pas fait, et force lui sera d'obtenir les livres du patron.

Nous ne croyons pas cependant pouvoir partager cette manière de voir de la jurisprudence. Elle est trop exclusive vis-à-vis du commis placier. Si le défendeur pro-

(1) D. 67, 4, 303.

pose au commis une certaine somme en avançant un bénéfice de tant, et qu'il produise ses livres pour établir ses dires, est-ce que le commis ne pourrait pas exiger que les livres ainsi donnés comme preuve lui soient communiqués ? L'article 188 du Code de procédure l'exige : « les parties pourront respectivement demander par un simple acte, communication des pièces employées contre elle, dans les trois jours où les dites pièces auront été signifiées ou employées. » Dès lors, la jurisprudence semble faire erreur.

Au reste le commis placier rémunéré par une commission proportionnelle ne saurait-êtré assimilé à un simple commissionnaire. Il reste son maître, peut courir d'autres affaires, se livrer à d'autres occupations pour d'autres patrons (1). D'autre part il n'est pas davantage un associé, « car tandis que celui-ci trouverait la récompense de son travail dans les gains, celui-là ne la trouve que sur les affaires ; par suite il a droit à une rémunération même en l'absence de gains » (2). Le commis placier n'est donc qu'un salarié rémunéré comme l'employé intéressé d'une façon spéciale. Quelques arrêts avaient cependant jugé le contraire, en décidant qu'il ne jouissait pas du privilège de l'article 549 du Code de commerce. La loi du 6 février 1895 est venue combler cette lacune et trancher définitive-

(1) D. 94, 2, 2.

(2) Baudry et Wahl. *Louage*, n° 2798.

ment la question, en décidant que le privilège de l'article 549 est accordé « aux commis attachés à une ou plusieurs maisons de commerce, sédentaires ou voyageurs s'il s'agit de remises proportionnelles allouées à titre d'appointements ou de supplément d'appointements, pour toutes les commissions qui leur sont définitivement acquises dans les trois derniers mois précédant le jugement déclaratif ». Dès lors la situation du commis placier est ramenée à celle du commis intéressé, quant aux moyens de preuve. La solution de la question doit être la même.

La jurisprudence reconnaît au commis intéressé le droit à une véritable communication des livres. C'est un fait acquis par de nombreux arrêts. Un premier du 9 mars 1835 juge « que la clause de participation donne nécessairement au commis le droit de connaître les bénéfiques faits par le patron d'après les inventaires sans être obligé de s'en rapporter à sa déclaration ».

Un arrêt de 1872 accorde à l'employé ce même droit, dans le cas où il quitte son patron pour aller exercer ailleurs la même industrie (1).

Un arrêt de la Cour de Nîmes est dans le même sens. Il laisse entrevoir en outre que de gros inconvénients pouvant naître de ce fait à la charge du patron, la communication devrait être subordonnée à certaines conditions.

(1) D. 72, 2, 135.

Un jugement de Nantes du 18 février 1871 précise cette pensée et prescrit la communication par un expert nommé par le tribunal. Enfin un jugement de la Cour de Rennes n'admettant pas cette dernière solution comme trop restrictive des droits du demandeur a décidé après de nombreux considérants que « l'appelant sera admis à vérifier personnellement dans le cabinet, en présence et sous les yeux de l'arbitre, la portion des livres de l'intéressé y déposés, concernant les opérations dans les bénéfices desquels il avait droit à une part déterminée » (1). Le commis intéressé ne peut cependant point s'appuyer sur l'article 14 du Code de commerce, qui est un texte exceptionnel. Mais la jurisprudence et ses partisans s'appuient sur ce fait que la participation aux bénéfices étant conclue de bonne foi, implique logiquement et nécessairement cette communication. Sans cela le commis intéressé se trouverait à la merci du patron et l'on ne saurait supposer que les parties aient ainsi entendu placer l'une d'elles dans une telle infériorité. D'autre part les principes généraux du Code de procédure civile exigent cette solution. L'article 188 nous dit : « que les parties pourront respectivement demander communication des pièces employées contre elles ». Boitard écrit à ce sujet dans ses leçons de procédure que « toutes les fois qu'une partie a fait usage dans sa requête ou dans ses

(1) Rennes, 29 juin 1871, cité *suprà*.

plaidoiries d'un titre qu'elle a allégué, c'est, pour l'adversaire, un droit naturel, une prétention légitime, de demander que le titre invoqué contre lui soit mis sous ses yeux, afin qu'il soit à portée de le vérifier et de le discuter ». Plusieurs arrêts en sont la confirmation (1).

Enfin l'article 14 ne vise que le cas où la communication est ordonnée par la justice. Dès lors nous pouvons conclure que les parties peuvent convenir que le commis pourra exiger cette communication que la loi lui refuse. De là à admettre que la convention peut être tacite, il n'y avait qu'un pas, il fut vite franchi (2).

Ainsi la communication des livres et inventaires paraît nécessaire et juridiquement possible pour le commis intéressé. Il est cependant des cas où elle ne saurait s'exercer judiciairement. C'est ce qui a lieu pour les sociétés anonymes, où les comptes sont toujours l'objet d'une certaine publicité et restent au siège social à la disposition des parties. Dans beaucoup d'autres cas ce sont les employés eux-mêmes qui tiennent les livres des comptes : il leur est donc très facile de vérifier leur état.

En résumé par l'arrêt de 1905 la jurisprudence semble revenir aux principes juridiques sur lesquels elle s'était tout d'abord appuyée et qui nous semblent incontestables. L'article 14 du Code de commerce reste

(1) S. 65, 4, 359 ; S. 67, 4, 409.

(2) Lyon-Caen et Renault, n° 291 bis. — Guillouard, *Sociétés*, n° 14.

entier malgré toutes les raisons que l'on pourrait donner. Il est du reste très facile pour les parties d'éluder ce droit de communication. Elles peuvent soit supprimer purement et simplement ce droit de contrôle, soit le soumettre à certaines conditions. D'autre part, si la convention ne s'en occupe pas, le juge pourra toujours atténuer ce qu'il peut y avoir de trop excessif pour le patron, soit en ordonnant la simple représentation de la partie intéressante des livres, en l'espèce l'arrêté des comptes, soit en confiant la communication à un tiers, expert-arbitre qu'il désignera.

Plus généralement les parties règlent elles-mêmes ce point délicat et décident que l'employé intéressé abandonne tout droit de contrôle pour s'en remettre à la bonne foi du patron.

Aucun doute ne saurait s'élever sur la validité de cette convention. Le commis est libre et maître de ses droits ; il peut donc faire telle convention qui lui plaira pourvu qu'il ne viole en rien l'ordre public. « Attendu que cette clause fait partie intégrante du pacte qui liait les parties, pacte accepté librement et en parfaite connaissance de cause ; que sa validité ne saurait être contestée, en vertu du principe édicté par l'article 1134 du code Napoléon qui porte que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (1). » Cette stipulation a même le grand avantage

(1) Grenoble, 21 février 1865, S. 1866, 2, 21.

d'encourager le patron à donner à ses employés la participation aux bénéfices, car il ne craindra plus leur ingérence dans ses propres affaires. La pratique nous offre chaque jour de nouveaux exemples de son emploi.

Malgré cette convention l'employé n'est pas complètement à la merci du patron, car au cas où il affirmerait vraisemblablement devant le juge que le patron a commis une erreur ou une fraude, celui-ci pourrait toujours recourir soit à la représentation, soit à la communication des livres. Cette allégation de la part du commis trouvera difficilement une base solide ; toutefois, un inventaire, une production des livres en justice après faillite pourront fort bien la faire naître. Ainsi les intérêts du préposé seront sauvegardés, toute vexation, tout préjudice à l'égard du patron sera évité.

Néanmoins de ce que nous avons admis que le commis intéressé ne pouvait point obtenir la communication des livres du patron, la pratique en est arrivée à trouver une autre combinaison.

Pour laisser subsister le moyen de preuve en entier au service de l'employé et ne point voir surgir la défiance du patron refusant tout contrôle, certains arrêts se basant sur celui de Nîmes du 20 juillet 1864, ont décidé que la communication serait faite par un arbitre-expert nommé soit par le tribunal, soit par les parties elles-mêmes dans leur convention. Ainsi tous les inté-

rêts semblent satisfaits (1). Le projet de loi déposé le 16 juillet 1888 décidait que les intéressés peuvent renoncer expressément à tout contrôle et à toute vérification. Dans le cas où il n'y a pas renonciation, ce contrôle et cette vérification peuvent être réglés par les dispositions particulières de la convention ; et enfin s'il n'y a ni renonciation, ni règlement, la communication est faite par un expert amiablement choisi ou, en cas de désaccord, nommé par le président soit du tribunal civil, soit du tribunal de commerce.

La proposition Guillemet, du 22 mai 1891, abondait dans le même sens : « Un arbitre-expert nommé par le président du tribunal de commerce devait contrôler les inventaires des exploitants. » Toutefois cet arbitre ne saurait être choisi parmi les membres du tribunal, car les inconvénients énumérés tout à l'heure réapparaîtraient encore plus grands, les membres du tribunal étant eux-mêmes commerçants.

(1) Rennes, 29 juin 1871, D. 72, 2, 435 ; Cassation, 3 janvier 1877, D. 77, 2, 45.

SECTION III

Des tribunaux compétents et de la preuve au cas de participation aux bénéfices.

La convention de participation aux bénéfices étant d'après ce que nous avons conclu au cours de cette étude un contrat de louage, les règles relatives à la compétence seront les mêmes dans les deux cas.

Sauf quelques restrictions établies par les lois spéciales, ce sera le droit commun qui devra s'appliquer vis-à-vis des deux conventions ; c'est-à-dire que les tribunaux civils seront en général compétents et exceptionnellement les tribunaux de commerce, les Conseils de prud'hommes et les juges de paix, tous tribunaux d'exception. Nous allons déterminer brièvement le champ d'application de chacun d'eux.

Le tribunal de commerce sera compétent pour toutes les actions intentées par les commerçants contre leurs employés ? (1) L'article 634 du Code de commerce lui attribue toutes « les actions contre les facteurs, commis marchands ou leurs serviteurs, pour le fait du trafic du

(1) Lyon-Caen et Renault, I, n° 368. — Baudry et Wahl. *Louage*, page 678.

marchand auquel ils sont attachés ». Peu importe que les actions soient dirigées par les tiers ou par le patron pourvu que le fait incriminé ait le caractère commercial. Un arrêt du tribunal d'Amiens admet cependant que le commis peut à son choix, soit accepter, soit décliner la compétence (1). C'est là tout, croyons-nous. Le Code de commerce énumère les conditions nécessaires pour qu'une personne soit un commerçant : c'est à lui qu'il faut se reporter pour savoir si le patron l'est réellement. Le commis, l'employé n'a pas la qualité de commerçant. La convention de la personne qui loue ses services est à son égard purement civile ; elle aura donc le choix entre les juridictions civile et commerciale. Or notre employé intéressé se trouve dans la même situation, puisque son contrat est un louage de service. Un jugement du tribunal de Grenoble a cependant décidé qu'il devait toujours agir devant le tribunal de commerce lorsque son action était relative à un acte qui a le caractère commercial à l'égard de l'une ou de l'autre des parties. Cet arrêt semble se méprendre sur le caractère véritable de la convention du commis participant. Il reste malgré tout un simple employé qui ne saurait être qualifié de commerçant. Si le patron n'est pas commerçant et dirige, par exemple, une entreprise agricole, le tribunal civil recouvrera tous ses droits.

La compétence du juge de paix est réglée par la

(1) Loi 8 juin 1889.

loi du 25 mai 1838 modifiée par celle du 12 juillet 1905 (1). Elle s'applique aux engagements des gens de travail et de ceux qui les emploient, jusqu'à la valeur de 300 fr. sans appel. Au-dessus et à la charge d'appel, c'est le tribunal civil qui est compétent.

Enfin la juridiction des Conseils de prud'hommes est réglée par les décrets de 1809 et 1810. Elle vise les ouvriers, chefs d'ateliers, marchands, et juge en dernier ressort jusqu'à 200 francs. L'appel est porté devant le tribunal de commerce. Dans les localités où il n'y a pas de prud'hommes, c'est le juge de paix qui seul est compétent dans la mesure où nous l'avons déterminé. C'est ce que décide un jugement de cassation du 11 mars 1907. « L'interprétation et l'application de la clause concernant la majoration du salaire, au moyen de la participation aux bénéfices, appartiennent au Conseil des prud'hommes (2). »

Nous n'avons rappelé brièvement ces règles que pour mémoire et pour signaler les dernières réformes. Terminons en disant un mot de la preuve du contrat.

Le contrat de participation a-t-il le caractère commercial, tous les modes de preuve seront admis, y compris la preuve testimoniale, même au-dessus de 150 francs. Elle l'est aussi contre et outre le contenu des actes (art. 109. Code civil).

(1) Loi du 12 juillet 1905.

(2) *Gazette du Palais* du 3 avril 1907. Voir aussi : *Rev. de droit com.*, 1885, tome II, page 161 ; D. 93, 1, 375.

Le contrat a-t-il le caractère civil, ou mieux le patron n'est-il pas commerçant, l'article 1341 du Code civil trouvera toute son application ; la preuve écrite sera nécessaire au-dessus de 150 francs ; au-dessous la preuve testimoniale sera suffisante. Mais comme la participation est absolument aléatoire et varie à chaque distribution, l'interprète devra, lorsqu'il s'élèvera une contestation, rester seul juge de la preuve à appliquer.

Aucune difficulté ne saurait s'élever si les conventions avaient toujours un caractère nettement déterminé à l'égard des parties. Mais quelquefois, ainsi que cela a lieu au cas qui nous occupe, le contrat est commercial vis-à-vis de l'une des parties, civil vis-à-vis de l'autre. A quel mode de preuve doit-on dès lors le soumettre. L'on ne peut pas, bien que cela ait été soutenu appliquer la même preuve aux deux parties. Les principes juridiques s'y opposent ; à chaque partie il faut appliquer les preuves qui correspondent à son état ; au commerçant les preuves du droit commercial, à celui qui ne l'est pas les preuves du droit commun. « Celui qui a fait un acte de commerce ne saurait légitimement se plaindre de ce qu'on emploie contre lui les preuves commerciales ; au contraire, celui qui a fait un acte rentrant dans le droit commun serait injustement sacrifié si les preuves du droit commercial pouvaient être employées contre lui(1).

(1) Lyon-Caen et Renault. *Droit. com.*, tome III, page 78.

Une jurisprudence constante est dans ce sens. Ce système « s'il est le plus rationnel et le plus logique n'est pas le plus simple ». A l'exemple de nombreuses législations étrangères, il vaudrait mieux admettre un seul mode de preuves pour les deux parties. Ce serait éviter de nombreuses contestations et difficultés pour l'interprète.

CONCLUSION

En face de l'important mouvement qui se dessine en faveur de la participation aux bénéfices depuis la fondation de la société, qui a pour but l'étude de ses diverses applications ; en face de sa validité comme contrat juridique et des conséquences que la jurisprudence a pu en tirer, de nombreuses tentatives ont été faites auprès du législateur afin d'obtenir pour l'institution droit de cité.

Il nous a paru intéressant avant de terminer cette étude de jeter un coup d'œil rapide sur sa situation dans les législations étrangères, ainsi que sur les différents projets de loi dont elle a été l'objet en France.

Les différents principes que nous avons exposés dans notre première partie sur le critérium de la distinction entre le louage de service avec participation et l'association sont consacrés par plusieurs lois étrangères.

La loi Italienne (Code de commerce Italien, art. 86), consacre, que « la participation aux bénéfices concédée
« aux employés ou à d'autres personnes, qui dépendent d'une société pour la rémunération totale et
« partielle de leurs services, ne leur attribue pas par
« elle seule la qualité d'associés ! »

La loi Anglaise du 5 juillet 1866 est dans le même sens : « Un contrat en vertu duquel un employé reçoit d'une personne, engagée dans un commerce ou une entreprise, une part dans les bénéfices pour la rémunération de ses services, n'oblige pas par lui seul, cet employé comme associé et ne lui donne pas les droits d'un associé. »

Enfin la loi Espagnole décide que « le commis qui, au lieu de gages, reçoit une part dans les bénéfices ne saurait être associé ».

Les législations Allemandes, Roumaine, Belge et Russe, abondent aussi dans le même sens.

Il est regrettable que nous n'ayons aucune décision législative consacrant une institution qui cependant existe en fait, fonctionne régulièrement d'après les principes généraux de notre droit, mais qui est exclusivement l'œuvre de la coutume et de la jurisprudence.

Actuellement la participation des ouvriers et employés est toujours le résultat d'une convention librement consentie par les parties. Chaque patron l'admet lorsqu'elle lui semble favorable, soit dans des conditions où elle a déjà donné de bons résultats, soit dans des conditions nouvelles adaptées à des situations nouvelles. Si le résultat obtenu n'est pas toujours satisfaisant, il peut très souvent être bon ; et l'on est en droit d'espérer qu'avec le temps et des améliorations il pourra s'adapter à des situations moins exceptionnelles, plus normales.

Ainsi voyons-nous en Grande-Bretagne au 30 juin 1910, soixante-neuf maisons mettre en pratique la participation aux bénéfices ; et cela pour un nombre de personnes de 84,000 pour 83,000 l'année précédente (1). En France, quoique moins répandue, elle atteint des chiffres sans cesse croissants.

En face de cette levée en masse l'État n'a pas voulu rester en retard ; aussi depuis de nombreuses années les propositions de loi se succèdent, sans qu'aucune n'ait encore pu aboutir. Etudions les principales, cherchons la cause de cet échec et nous essaierons d'en indiquer le remède.

Des projets soumis au Parlement, il ressort qu'ils proposent tous de rendre la participation obligatoire dans quelques hypothèses déterminées.

Ce fut d'abord en 1886 la proposition Ballue, édictant la participation dans les concessions de l'État, des départements et des communes.

En 1888, M. Floquet, ministre de l'Intérieur, dépose un projet de loi organisant les sociétés coopératives de travail et le contrat de participation aux bénéfices. Relativement à ce dernier il décidait :

« Art. 31. — Tout commerçant, industriel ou agriculteur, toute société commerciale, industrielle ou agricole, peut admettre ses ouvriers ou employés à participer aux bénéfices de l'entreprise, sans que cet engage-

(1) *Bulletin de la part.*, année 1910.

ment entraîne pour les participants aucune responsabilité en cas de perte.

« Art. 32. — En acceptant la participation, les intéressés peuvent renoncer expressément à tout contrôle et à toute vérification.

« Dans le cas où il n'y a pas renonciation, ce contrôle et cette vérification peuvent être réglés par les dispositions particulières de la convention.

» Dans le cas où il n'y a ni renonciation, ni réglementation du contrôle, la vérification annuelle des comptes est faite par un expert amiablement choisi ou en cas de désaccord, désigné par le président du tribunal de commerce. »

Ce projet a le grand avantage d'établir une participation facultative et de régler le droit de contrôle de l'employé au mieux des intérêts et du patron et de l'ouvrier. Ce sont ces deux points que nous retiendrons plus spécialement.

Ce projet était la confirmation exacte de la jurisprudence. En réduisant ainsi au minimum le droit de contrôle du commis, les auteurs du projet espéraient dissiper ainsi les défiances d'un grand nombre de patrons à l'égard de la participation.

En 1891 proposition Guillemet, établissant la participation dans les concessions et entreprises de l'État, des départements et des communes.

En 1893 proposition Naquet, s'appliquant aux sociétés anonymes ou en commandites par actions ; cette

proposition accordait 10 pour 100 au Conseil d'administration, 6 pour 100 au capital, et partageait le reste par moitié entre le capital et le travail.

En 1897 proposition Michelin qui pour la première fois assujettissait toutes les industries, attribuant aux salariés une part d'au moins d'un tiers des bénéfices.

En 1904, propositions Doumer et Ernest Roche.

En 1906, proposition Constant ne s'appliquant qu'aux concessions de l'État et réglant comme suit le partage des bénéfices : 10 pour 100 aux administrateurs, 40 pour 100 aux actionnaires, 25 pour 100 aux salariés et 25 pour 100 à la Caisse nationale des retraites ouvrières. L'énormité de cette dernière clause amena le rejet de toute la proposition.

Enfin en 1909, la proposition Tournade, qui oblige tout commerçant industriel ou agriculteur, toute société commerciale, industrielle ou agricole, salariant des ouvriers ou employés, à les faire participer aux bénéfices nets de l'entreprise.

Tous ces projets de loi ont échoué, parce que tous ont préconisé la participation obligatoire, soit pour les particuliers, soit pour l'État. La participation aux bénéfices ne peut exister, ne peut donner de bons résultats, que si elle est volontaire. Il faut avant tout qu'elle soit basée sur la bonne foi, sur la bonne entente des parties. Du jour où une loi l'imposera obligatoirement, la répartition apparaîtra comme une chose due et dès lors le patron obligé au partage s'efforcera de diminuer le

salaire fixe, d'imposer à son subordonné le maximum de travail possible, autant de vexations qu'il importe de prévoir. Oui, la participation est désirable, mais il ne faut pas l'imposer par la loi à tout le monde, comme le faisait remarquer très justement en 1908 M. Paul Delombre, à l'assemblée générale de la Société pour l'étude de la participation. « La participation aux bénéfices
« comporte une telle variété d'applications ; elle veut
« une telle liberté d'opinions et de décisions chez les
« employeurs, en raison de la diversité infinie des com-
« merces et des industries ; elle implique tellement le
« respect des initiatives patronales, à l'égard du chef
« d'industrie, qui ne cesse pas d'être le seul respon-
« sable des pertes, que si l'État venait à mettre sa main
« sur le travail national, pour ajouter ce bienfait à
« tous ceux qu'il nous prodigue, la participation, c'est
« ma conviction profonde, aurait vécu. »

Que la loi réglemente la participation sous telle ou telle forme, mais qu'elle laisse aux parties la liberté de s'y soumettre. Du reste la question importante n'est pas la plus ou moins grande part de bénéfices attribuée à l'ouvrier ; la loi selon nous, et à l'imitation des législations étrangères devrait s'occuper d'abord du contrat en lui-même au point de vue juridique.

En entrant au service d'un patron, l'ouvrier, l'employé passe avec lui une convention, un contrat, moyennant lequel, pour un travail déterminé, il reçoit un salaire convenu. La loi devrait s'occuper de déterminer

la nature exacte de ce contrat, dire que sous sa forme ordinaire c'est un simple louage de service et en déduire toutes les conséquences de droit, telles que la jurisprudence l'a fait. Tous les matériaux sont prêts, ainsi que nous l'avons indiqué au cours de cette étude, il n'y a plus qu'à édifier l'œuvre.

Certains ont émis l'idée de créer un nouveau contrat consacrant les droits du travail, « une sorte de société à participation ouvrière » (1). La voie est sans doute ouverte à toutes les hypothèses et l'imagination des auteurs peut se donner libre cours, mais nous croyons à la suite du législateur et de la grande majorité de la doctrine, que cette conception est complètement fausse, puisque nous avons dans notre droit des contrats types qui peuvent résoudre la question au mieux des intérêts des parties.

La réglementation de la participation préconisée par toutes les législatures semble devoir aboutir. Le 12 juin 1906, le ministère Sarrien préconisait la participation des ouvriers à la mine : « En appelant les ouvriers de la mine au partage des bénéfices, nous arriverons à réaliser un progrès nécessaire de justice sociale, à donner à toutes les industries un exemple susceptible d'être suivi et de prévenir les conflits sociaux. » Le projet de loi du gouvernement déposé le 30 juin 1910, et relatif à la réforme de la loi minière de 1810, entre franche-

(1) Proposition Godart. 17 mai 1909. *Journ. off.*

ment dans cette voie, en établissant par son article 18 la participation obligatoire.

Nous nous permettrons néanmoins de le critiquer, car nous sommes convaincus qu'une institution de cette nature ne peut vivre et prospérer que si elle émane de la libre initiative des parties : « Il faut que l'on envisage
« d'une manière résolue la participation des travail-
« leurs aux bénéfices des industries. Il faut qu'une
« législation s'élabore, qui n'imposera pas de contrainte,
« mais qui fournira aux travailleurs et aux capitalistes
« le moyen de constituer des associations basées sur
« des actions argent et sur des actions travail. Je suis
« sûr qu'il y a là un domaine d'activité nouvelle abso-
« lument fructueuse, un domaine de concorde et de
« paix (1) ».

(1) A. Briand, ministre de l'Intérieur. Discours programme de Saint-Chamond, 10 avril 1910.

Vu :

Le Président,

Albert WAHL.

Vu :

Le Doyen,

P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

Pour le Vice-Recteur,

l'Inspecteur de l'Académie,

Albert CAHEN.

BIBLIOGRAPHIE

--

Alauzet : *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale.*

André et Guibourg : *Droit commercial.*

Annales de droit commercial.

Bellot des Minières.

Boistel : *Précis de droit commercial.*

Baudry-Lacantinerie et Wahl : *Droit civil : Louage.*

Bravard-Veyrières : *Manuel de droit commercial.*

Bureau (Paul) : *De l'association de l'ouvrier aux bénéfices du patron.*

Bédarride : *Droit commercial.*

Beynet : *De l'influence de la participation aux bénéfices sur les grèves.*

Bulletin de la participation aux bénéfices.

Charles Robert : *Du contrat de participation aux bénéfices.*

Code de Commerce de Gilbert.

Code civil annoté de Dalloz.

Code de commerce italien.

Cornil : *Du louage de service ou contrat de travail.*

Courcelle : *Traité des entreprises industrielles, commerciales.*

Duvergier : *Du contrat de louage.*

Delongle : *Des sociétés commerciales.*

Demolombe : *Droit civil, XXIV.*

Dutruc : *Sociétés.*

Dalloz : *Répertoire de jurisprudence générale.*

Guillouard : *Traité des sociétés.*

Huc : *Droit civil.*

Journal de droit international.

Journal du Palais.

Gazette des Tribunaux.

Laurent : *Traité de droit civil.*

Lecouturier : *Traité des parts de fondateur.*

Le Hire : *Les salaires des ouvriers au point de vue du droit civil.*

Lyon-Caen et Renault : *Traité de droit commercial.*

Malepeyre et Jourdain : *Traité des sociétés.*

Molinier : *Traité de droit commercial.*

Pandectes françaises : Sociétés, répertoires.

Pascaud : *Contrat de travail.*

Pic : *Annuaire de droit commercial.*

Planiol : *Cours de droit civil.*

Pont : *Sociétés.*

Ruben de Couderc : *Dictionnaire de droit commercial.*

Rouzières (Paul de).

Répertoire général de droit français.

Schloss : *Modes de rémunération du travail.*

Sirey : *Répertoire de législation.*

Thaller : *Droit commercial.* — *Revue critique*, 1884, 319. Dalloz, 1899, 4, 552.

Troplong : *Droit civil.*

Trystam : *Les parts de fondateur.*

Tables générales : **De Villeneuve et Gilbert.**

Vavasseur : *Traité des sociétés commerciales.*

Wahl : *Les parts de fondateur.*

Percerou : *Des fondateurs de sociétés anonymes.*

TABLE DES MATIÈRES

	Page
INTRODUCTION.....	1

PREMIÈRE PARTIE

Nature de la convention faite par le bailleur de fonds participant aux bénéfices.

CHAPITRE I ^{er} . — RAPPORTS DU CONTRAT DE PRÊT ET DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ	11
CHAPITRE II. — INTÉRÊT DE LA DISTINCTION DES CONTRATS	16
CHAPITRE III. — RECHERCHE D'UN CRITÉRIUM.....	24
CHAPITRE IV. — PREMIER CRITÉRIUM	28
CHAPITRE V. — DEUXIÈME CRITÉRIUM	40
CHAPITRE VI. — TROISIÈME CRITÉRIUM.....	45
1. Rôle prépondérant de l'élément intentionnel	47
2. Tendence nouvelle de la jurisprudence	53
3. Théorie de M. Thaller	55
CHAPITRE VII. — QUATRIÈME CRITÉRIUM	61
Apport en jouissance.....	68
CONCLUSION. — RÉFORME A SOUHAITER — SOLUTION DONNÉE PAR LA LÉGISLATION ANGLAISE.....	72

DEUXIÈME PARTIE

Nature juridique de la convention faite par l'employé intéressé aux bénéfices.

CHAPITRE I ^{er} . — HISTORIQUE DE LA RÉMUNÉRATION DU TRAVAIL ET DE LA PARTICIPATION AUX BÉNÉFICES....	77
---	----

CHAPITRE II. — CARACTÈRE ET NATURE DE LA CONVENTION DE PARTICIPATION	84
1. La convention est-elle licite	85
2. Nature de la convention	90
CHAPITRE III. — CONSÉQUENCES TIRÉES DE LA NATURE DE LA CONVENTION	119
SECTION I. — <i>Du congédiement</i>	122
SECTION II. — <i>Du droit de vérifier les inventaires et d'obtenir communication des livres</i>	128
SECTION III. — <i>Des tribunaux compétents et de la preuve au cas de participation</i>	144
CONCLUSION	149
1. Projets de loi	151
2. Direction à donner à la réforme	154

Grande Imprimerie de Blois, 2, rue Haute . — 5432
